

GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA TRIB. BOLOGNA · ISSN 2384-9495 · DICEMBRE 2015

2015/2

Direzione scientifica

Daniel Borrillo, Gilda Ferrando, Stefano Rodotà, Robert Wintemute

Direzione editoriale

Marco Balboni, Marco Gattuso, Barbara Pezzini

Redazione

Diritto Internazionale: Giacomo Biagioni, Adriana Di Stefano, Luca Paladini, Pietro Pustorino, Chiara Ragni, Livio Scaffidi, Roberto Virzo

Diritto dell'Unione Europea: Elisabetta Bergamini, Carmelo Danisi, Daniele Gallo, Alexander Schuster

Diritto Costituzionale: Anna Lorenzetti, Francesco Saitto, Angioletta Sperti, Paolo Veronesi, Giacomo Viggiani

Identità di genere: Roberta Dameno

Diritto Penale: Luciana Goisis, Luca Morassutto

Diritto Privato: Stefano Celentano, Ines Corti, Leonardo Lenti, Joelle Long, Guido Noto La Diega, Giuseppina Palmeri, Anna Maria Tonioni, Monica Velletti

Diritto Comparato: Denise Amram, Mia Caielli, Michele Di Bari, Francesca Brunetta d'Usseaux, Elena Falletti, Anna Maria Lecis Coccu Ortu, Mathias Moschel, Matteo Winkler

Diritto del Lavoro: Carla Ponterio, Laura Tomasi, Tiziana Vettor

Referees

Rosalba Alessi; Esther Arroyo Amayuelas; Marzia Barbera; Vittoria Barsotti; Maria Caterina Baruffi; Roberto Bin; Nerina Boschiero; Giuditta Brunelli; Ruggiero Cafari Panico; Carlo Casonato; Massimo Cavino; Paolo Cendon; Nicola Cipriani; Roberta Clerici; Giovanni Comandé; Marco Cuniberti; Marilisa D'Amico; Massimo Dogliotti; Emilio Dolcini; Ascensión Elvira; Carla Facchini; Carla Faralli; Vincenzo Ferrari; Alfredo Galasso; Orsetta Giolo; Berta Esperanza Hernanzes-Truyol; Maurizio Lupoi; Francesco Munari; Silvia Niccolai; Rosanna Pane; Baldassare Pastore; Tamar Pitch; Salvatore Patti; Alessandra Pioggia; Roberto Pucella; Andrea Pugiotto; Roberto Romboli; Giulia Rossolillo; Francesco Salerno; Amedeo Santosuosso; Roberto Toniatti; Alessandra Viviani; Danaya C. Wright; Andreas R. Ziegler

Registrazione presso il Tribunale di Bologna del 30/4/2014 n. Rgvv 2023 n. 4089/14 cron.

Codice ISSN 2384-9495

Direttore responsabile: Beppe Ramina

Impaginazione: Samuele Cavadini

GenIUS, Bologna 40123, via IV Novembre 7
genius@articolo29.it

Sommario

Focus 1: *Obergefell v. Hodges*: il riconoscimento del diritto fondamentale al matrimonio *a cura di Angioletta Sperti*

- 6 *Angioletta Sperti*: La sentenza *Obergefell v. Hodges* e lo storico riconoscimento del diritto al matrimonio per le coppie *same-sex* negli Stati Uniti. Introduzione al Focus
- 18 *Simone Chriss, Danaya C. Wright*: After *Obergefell v. Hodges*: the continuing battle over equal rights for sexual minorities in the United States
- 39 *Nicola Giovanni Cezzi*: I dissensi nel caso *Obergefell*
- 58 *Renato Ibrido*: L'argomento sociologico nella giurisprudenza costituzionale in materia di orientamento sessuale. Esperienze e casi

Focus 2: La trascrizione dei matrimoni: i confini di una domanda di giustizia *a cura di Marco Gattuso*

- 77 *Barbara Pezzini*: I confini di una domanda di giustizia (profili costituzionali della questione della trascrizione del matrimonio *same-sex* contratto all'estero)
- 92 *G. Palmeri, M.C. Venuti*: La trascrivibilità del matrimonio tra identità personale e circolazione dello *status* coniugale
- 103 *Marco Magri*: La giurisprudenza amministrativa sulla trascrizione dei matrimoni omosessuali nei registri dello stato civile: governo degli uomini o governo delle leggi?
- 121 *Luca Morassutto*: Circolare Alfano e trascrizione dei matrimoni *same-sex*: all'ombra dei divieti e dei reati
- 140 *Silvia Marino*: La trascrizione degli atti di stato civile: quale futuro per i matrimoni contratti all'estero fra persone dello stesso sesso nell'ambito dell'Unione europea?

Interventi

- 151 *Marilisa D'Amico*: Famiglia e "famiglie" fra principi costituzionali italiani ed europei
- 163 *Joëlle Long, Manuela Naldini*: "Turismo" matrimoniale e procreativo: alcune riflessioni socio-giuridiche
- 172 *Denise Amram*: Il cielo d'Irlanda si tinge di arcobaleno
- 179 *Elena Lauroba*: La Ley catalana 11/2014 para garantizar los derechos de los LGBTI y erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia: ¿una declaración de intenciones bienintencionada o una norma de efectos jurídicos reales?

Commenti

- 199 **Giuseppa Palmeri:** Spunti di riflessione su maternità di sostituzione e trascrivibilità del certificato di nascita a partire dalla sentenza 6 febbraio 2014, n. 835/2013 del Tribunal Supremo de Madrid (ricorso 245/2012)
- 214 **Maurizio Di Masi:** Coppie omosessuali e ricorso alla *surrogacy* in uno Stato estero: aperture dalla Germania
- 226 **Chiara Ragni:** Il riconoscimento in Italia dell'adozione del figlio della partner del medesimo sesso alla luce della recente prassi delle corti italiane
- 240 **Francesca Brunetta d'Usseaux:** La coerenza dell'ordinamento e l'adozione congiunta da parte di coppie dello stesso sesso: la decisione della Corte costituzionale austriaca dell' 11 dicembre 2014
- 244 **Lucilla Conte:** *Felicità raggiunta?* La Corte di Cassazione ammette la domanda di rettificazione anagrafica del sesso in assenza di un intervento demolitorio e/o ricostruttivo dei caratteri sessuali primari
- 255 **Andrea Romano:** Orientamento sessuale e protezione internazionale nella sentenza *A, B, C v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* della Corte di giustizia: il problema della verifica della credibilità del richiedente LGBTI
- 268 **Mathias Möschel, Sara Migliorini:** The French Supreme Court clarifies the implications for the *ordre public* of the act abolishing the prohibition of same-sex marriages
- 276 **Michele Di Bari:** La sentenza n. 2400/15: un giudice fuori (dal) tempo
- 283 **Antonio Rotelli:** Nota a Corte di cassazione, terza sezione civile, sentenza del 22 gennaio 2015, n.1126

Osservatorio documenti *a cura di Carmelo Danisi*

- 292 Italia, Disegno di Legge n. 2081, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, XVII Legislatura, presentato il 6 ottobre 2015.
- 298 Malta, *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act*, approvata il 14 aprile 2015.

Osservatorio decisioni *a cura di Carmelo Danisi*

- 304 Corte europea dei diritti dell'Uomo, 21 luglio 2015, *Oliari e altri c. Italia*, n. 18766/11 e 36030/11.
- 313 Corte di giustizia dell'Unione europea, 2 dicembre 2014, *A, B, C v. Staatsecretaris van Veiligheid en Justitie*, cause riunite da C-148/13 a C-150/13
- 319 Corte di cassazione, terza sezione civile, sentenza del 22 gennaio 2015, n. 1126.
- 322 Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenza del 9 febbraio 2015, n. 2400.
- 327 Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenza del 20 luglio 2015, n. 15138.
- 336 Consiglio di Stato, sentenza del 26 settembre 2015.
- 343 Stati Uniti, *Supreme Court*, sentenza del 26 giugno 2015, *Obergefell v. Hodges*.
- 354 Spagna, *Tribunal Supremo*, sentenza del 6 febbraio 2014, n. 835/2013
- 367 Francia, *Cour de cassation*, sentenza del 28 gennaio 2015, n. 19.

Focus

*Obergefell v. Hodges:
il riconoscimento del diritto fondamentale
al matrimonio*

Angioletta Sperti*

La sentenza *Obergefell v. Hodges* e lo storico riconoscimento del diritto al matrimonio per le coppie *same-sex* negli Stati Uniti. Introduzione al Focus

Sommario

1. Premessa. – 2. L'antefatto. – 3. Le più salienti affermazioni dell'*opinion of the Court*. – 4. Le opinioni dissenzienti. – 5. Alcune considerazioni sui profili costituzionali di maggior interesse della pronuncia. – 6. Le prospettive per il futuro: la tutela della libertà religiosa in relazione al matrimonio come strumento per contrastare gli effetti della pronuncia.

Abstract

L'articolo si propone di esaminare la sentenza nel caso *Obergefell v. Hodges* con cui la Corte Suprema ha dichiarato l'incostituzionalità delle leggi statali che negavano il riconoscimento del diritto al matrimonio per le coppie dello stesso sesso. Dopo aver ripercorso le principali affermazioni espresse dal giudice Kennedy nell'*opinion of the Court* e dai giudici dissenzienti nelle proprie opinioni, lo scritto si sofferma sulle implicazioni sul piano costituzionale degli argomenti avanzati a sostegno del matrimonio *same-sex* inquadrando nella precedente giurisprudenza della Corte Suprema. Lo scritto si conclude con una riflessione sui possibili sviluppi futuri della pronuncia che vedranno una crescita del contenzioso costituzionale avente ad oggetto la libertà religiosa ed il diritto all'obiezione di coscienza.

The article aims at analyzing the case Obergefell v. Hodges of the United States Supreme Court which holds the state same-sex marriage bans unconstitutional. The article takes into consideration the most important arguments expressed by Justice Kennedy in his opinion of the Court and by the dissenting Justices in their dissenting opinions and describes the implications of the arguments supporting the recognition of same-sex marriage on the basis of the USSC previous case-law. The article finally suggests that further developments will probably see an increase of constitutional issues involving freedom of religion and conscientious objection.

* Associata di Diritto pubblico comparato, Università di Pisa.

1. Premessa

“Un grande passo verso l’affermazione del principio di eguaglianza”. Con queste parole il Presidente degli Stati Uniti Barack Obama ha commentato la decisione della Corte Suprema nel caso *Obergefell v. Hodges*¹, la più rilevante pronuncia in tema di diritti civili dopo *Roe v. Wade*² che, nel 1973, riconobbe il diritto all’aborto.

Negli Stati Uniti la battaglia per i diritti delle donne è spesso evocata come termine di paragone della lotta per il riconoscimento dei diritti degli omosessuali³. *Roe v. Wade* ebbe, com’è noto, un impatto di grande rilievo anche sulla giurisprudenza costituzionale europea e sulla legislazione di molti paesi: nell’anno successivo il diritto all’aborto fu riconosciuto dal *Conseil constitutionnel* francese⁴ e, nel 1975, seguirono la pronuncia del Tribunale costituzionale tedesco⁵, la sentenza n. 27 del 1975 della nostra Corte costituzionale⁶ ed, infine, la sentenza della corte costituzionale Austriaca⁷.

Molti sviluppi nella giustizia costituzionale degli ultimi decenni lasciano presagire che *Obergefell v. Hodges* eserciterà un’influenza ancor maggiore dei *landmark cases* del passato. Non si può, infatti, trascurare la grande diffusione del controllo di legittimità costituzionale delle leggi negli ultimi venti anni, quale carattere del costituzionalismo accolto — insieme con l’adozione di una carta dei diritti — da molti paesi che hanno conosciuto una recente transizione verso la democrazia⁸. Inoltre, come la riflessione costituzionalistica ha messo in evidenza, si riscontra oggi a livello globale un crescente successo del ruolo dei giudici (*judicialization*)⁹, in particolare delle Corti costituzionali, chiamati spesso a risolvere questioni che in passato sarebbero state rimesse all’iniziativa ed alla decisione degli organi elettivi¹⁰ e ciò anche in ragione della difficoltà di questi ultimi di operare una sintesi tra posizioni contrapposte su temi cd. eticamente sensibili o divisivi dell’opinione pubblica e del mondo politico.

Questi fattori favoriscono a loro volta un’ampia circolazione delle pronunce delle corti costituzionali. Soprattutto in merito al riconoscimento ed alla tutela dei diritti civili, anche corti costituzionali e supreme che in passato apparivano chiuse al dialogo con i loro omologhi stranieri — come la stessa Corte Suprema degli Stati Uniti — guardano oggi alle pronunce di corti straniere su temi analoghi e traggono da esse argomenti e spunti di riflessione utili per confortare le proprie conclusioni¹¹.

Infine, alla circolazione dei precedenti giurisprudenziali e dei dibattiti dottrinali in tema di diritti fondamentali concorrono oggi i nuovi mezzi di comunicazione e di socializzazione di massa che amplificano la risonanza e accrescono l’impatto delle stesse pronunce dei giudici costituzionali. L’accesso

1 *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015), in questa *Rivista*, p. 343.

2 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

3 M.J. Klarman, *From the Closet to the Altar. Courts, Backlash and the Struggle for SameSex Marriage*, Oxford-New York, Oxford Univ. Press, 2013.

4 *Conseil constitutionnel*, décision 75-17 DC, 15 gennaio 1975.

5 39 BVerfGE 1 (1975) (cd. sentenza *Aborto I*).

6 La sentenza n. 27 del 1975 della Corte costituzionale costituirà a sua volta la premessa per l’adozione della legge n. 194 del 1978 la quale prende a modello non solo la soluzione francese, ma anche alcuni dei presupposti su cui la Corte Suprema aveva fondato il riconoscimento del diritto all’aborto in *Roe v. Wade* (fra cui, ad esempio, la suddivisione della gravidanza in trimestre e il diverso bilanciamento dei diritti della donna e del nascituro in ciascuna fase della gravidanza).

7 Corte costituzionale austriaca, sentenza del 11 ottobre 1974.

8 A. Pizzorusso, *Giustizia costituzionale (diritto comparato)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali, I, Milano, Giuffrè, 2007, ma cfr. anche A. Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2006, in part. p. 8 ss.

9 Nella vasta letteratura sul tema, M.R. Ferrarese, *Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 135 ss.; C. Guarnieri, *The Power of Judges: A Comparative Study of Court and Democracy*, Oxford University Press, New York, 2002; R. Hirschl, *Towards Juristocracy*, Harv. University Press, Cambridge, Mass., 2004, p. 37 ss. e Id., *Globalization, Courts and Judicial Power: the Political Origins of the New Constitutionalism*, in 11 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 71 (2004), in part. pp. 97 e ss.; A. Sajó, *Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism*, Central European University Press, Budapest, 1999.

10 Sul conflitto tra le “prerogative della rappresentanza” ed “il ruolo e le prerogative della giurisdizione” nel quadro del costituzionalismo sui diritti, M. Dogliani, *I diritti fondamentali*, in *Il valore della Costituzione. L’esperienza della democrazia repubblicana*, M. Fioravanti (a cura di), Bari, Laterza, 2009, p. 41 ss. Cfr. anche M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, p. 1654 e in *Associazione dei Costituzionalisti*, www.associazionedeicostituzionalisti.it.

11 Su questi temi, sia consentito rinviare, più ampiamente a A. Sperti, *Il dialogo tra le corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione nell’esperienza più recente*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2006, pp. 125 ss. Si v. nella vastissima letteratura, per tutti G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, Il Mulino, 2010.

dibattito in Francia sul riconoscimento del *mariage pour tous*, ha reso evidente come le sentenze alimenterino un confronto *globale* in cui, tuttavia, all'attrazione dei diritti verso una dimensione che travalica i confini nazionali fanno riscontro anche opposte manifestazioni, dirette a preservare tradizioni e valori nazionali¹².

Si comprende, dunque, perché negli Stati Uniti, soprattutto da parte di coloro che esprimono posizioni critiche riguardo al matrimonio *same-sex*, la sentenza *Obergefell* sia giudicata una versione "potenziata" di *Roe v. Wade*¹³ quanto al suo impatto sul piano dei diritti civili. Il matrimonio tra persone dello stesso sesso — ritenuto da L. Tribe uno sviluppo "inevitabile" della sentenza *Lawrence v. United States*¹⁴ del 2003, che concluse per l'incostituzionalità della penalizzazione degli atti sessuali tra persone dello stesso sesso — sarà sicuramente di stimolo per le corti costituzionali e supreme di altri ordinamenti, ma soprattutto contribuirà ad alimentare una coscienza collettiva a favore del riconoscimento dei diritti delle coppie dello stesso sesso.

Il Focus che questo numero di GenIUS ha inteso dedicare ad un pronuncia così rilevante come *Obergefell v. Hodges*, si propone di approfondirne i contenuti in una prospettiva multidisciplinare. I contributi che seguono esaminano, in primo luogo, la sentenza nel contesto della giurisprudenza statunitense in tema di eguaglianza e di *substantial due process* ed alla luce delle complesse vicende giurisprudenziali che, a livello statale, hanno condotto negli ultimi anni al riconoscimento del diritto al matrimonio *same-sex*. Da tali premesse gli Autori muovono per svolgere puntuali riflessioni sulle scelte retoriche ed argomentative compiute dai giudici della Corte Suprema (nell'opinione della Corte e nelle opinioni dissenzienti), sulle tecniche di interpretazione costituzionale utilizzate, nonché — in una più vasta prospettiva — sull'uso dell'argomento sociologico nella giurisprudenza sui diritti LGBT.

Ne emerge un interessante bilancio delle implicazioni e del futuro impatto della pronuncia, anche al di fuori dei confini degli Stati Uniti.

L'antefatto

Per comprendere le conseguenze della sentenza *Obergefell*, occorre fare un salto indietro sino al 2013, quando — a dieci anni di distanza dalla celebre sentenza nel caso *Lawrence v. Texas*¹⁵ in cui aveva dichiarato incostituzionale una legge del Texas che puniva gli atti sessuali tra persone dello stesso sesso in luogo privato — la Corte Suprema degli Stati Uniti, nel caso *United States v. Windsor*¹⁶, esamina per la prima volta una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

La sentenza — di cui è estensore lo stesso giudice Kennedy, redattore dell'*opinion of the Court* in *Obergefell* — dichiara l'incostituzionalità del *Defence of Marriage Act*¹⁷ (DOMA), una legge voluta nel 1996 dall'allora presidente Bill Clinton, nella parte in cui, alla *sect.* 3, dispone che a livello federale la parola "matrimonio" sia da riferirsi alla sola coppia di sesso diverso ed il termine "coniuge" al marito o alla moglie di sesso opposto¹⁸. Tuttavia, essa non prende in esame la legittimità costituzionale di un'altra disposizione della stessa legge, la *sect.* 2¹⁹, oggi oggetto della sentenza nel caso *Obergefell*, che consente,

12 Cfr. M.R. Ferrarese, *Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Bari, Laterza, 2006, p. 108 ss.

13 Cfr., ad esempio, il severo monito espresso in dottrina da R. Post in *A Few Words on Obergefell and the Counter-majoritarian Tendency* apparso sul blog del *Washington Post* (*The Volokh conspiracy*) il quale richiama le conseguenze di *Roe v. Wade* giudicando entrambe le pronunce come un "serious constitutional mistake", nonché l'editoriale del *Wall Street Journal* a firma di B. McGurn (e ripreso dai blog cattolici come il *National Catholic Register*, www.ncregister.org) dove *Obergefell* è definita "a *Roe on steroids*".

14 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). Si v. in particolare Tribe L.H., *Lawrence v. Texas: The "Fundamental Right" that Dare Not Speak Its Name*, in 117 *Harvard Law Review* 1893 (2004).

15 *Lawrence v. Texas*, cit.

16 *United States v. Windsor*, 133 S. Ct. 2675 (2013).

17 *Defence of Marriage Act (DOMA)*. An act to define and protect the institution of marriage, 1 U.S.C. § 7 e 28 U.S.C. § 1738C.

18 "In determining the meaning of any Act of Congress, or of any ruling, regulation, or interpretation of the various administrative bureaus and agencies of the United States, the word 'marriage' means only a legal union between one man and one woman as husband and wife, and the word 'spouse' refers only to a person of the opposite sex who is a husband or a wife". 1 U. S. C. § 7.

19 *Sect. 2, Defence of Marriage Act*: "No State, territory, or possession of the United States, or Indian tribe, shall be required to give effect to any public act, record, or judicial proceeding of any other State, territory, possession, or tribe respecting a relationship between persons of the same sex that is treated as a marriage under the laws of such other State, territory, possession, or tribe, or a right or claim arising from such relationship" 28 U.S.C. § 1738C.

in particolare, agli Stati di non riconoscere i matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati in altri Stati²⁰.

Windsor v. US, pur rappresentando una grande conquista per le coppie omosessuali — poiché le definizioni di “matrimonio” e di “coniuge” riferite alla sola coppia eterosessuale trovavano applicazione in oltre un migliaio di leggi federali ai fini del riconoscimento di diritti o benefici sul piano fiscale, sanitario e sociale — lascia dunque impregiudicati i molti *same-sex marriage bans* e gli emendamenti costituzionali che 31 Stati americani avevano adottato a partire dai primi anni Novanta per vietare i matrimoni tra persone dello stesso sesso sul proprio territorio e negare il riconoscimento di quelli celebrati negli altri Stati dell’Unione²¹.

Windsor, al tempo stesso, solleva alcuni rilevanti dubbi interpretativi: l’*opinion* del giudice Kennedy — in linea con i precedenti in tema tutela dei diritti degli omosessuali²² — si astiene, infatti, dal definire l’orientamento sessuale come fattore di discriminazione al pari della razza o le origini nazionali (definite *suspect classifications*) e, conseguentemente, evita di qualificare gli omosessuali come vittime di discriminazione²³. Inoltre, la Corte Suprema non riconosce il diritto di contrarre matrimonio (*right to marry*) come un diritto “fondamentale” della coppia omosessuale. Sebbene in precedenza la Corte Suprema avesse sostenuto che il diritto di contrarre matrimonio rappresenta “un diritto di importanza fondamentale per tutti i cittadini”²⁴ e che “il matrimonio è uno basilari diritti civili, fondamentale per nostra stessa esistenza e sopravvivenza”²⁵, queste affermazioni, continuano ad essere riferite dalla giurisprudenza costituzionale alle sole coppie di sesso diverso.

Pur con queste incertezze, all’indomani di *Windsor v. US*, moltissime coppie si affrettano ad adire i giudici statali e federali, affinché dichiarino l’illegittimità costituzionale degli *state bans*: facendo leva sulle affermazioni del giudice Kennedy in cui si sottolineava come l’art. 3 del DOMA fosse motivato da pregiudizio ed ostilità (*animus*) verso un particolare gruppo di cittadini²⁶, i ricorrenti sostengono che anche gli *state bans* debbono essere ritenuti incostituzionali perché ispirati da un medesimo intento discriminatorio, lesivo della dignità e della libertà personale delle persone gay e lesbiche.

I giudici, statali e federali, accolgono tali ricorsi pressoché unanimemente. Nell’ottobre del 2014, chiamata a pronunciarsi in ultima istanza a seguito dell’impugnazione delle sentenze di incostituzionalità

20 Sulle conseguenze del caso *Windsor v. US*, ad un anno dalla pronuncia, A. Sperti, *Il matrimonio same-sex negli Stati Uniti ad un anno dalla sentenza Windsor. Una riflessione sugli sviluppi giurisprudenziali a livello statale e federale*, in questa Rivista, 2014, II, pp. 143 ss.

21 Il primo Stato ad adottare tale emendamento costituzionale fu, nel 1997, il Minnesota; seguirono quindi, nel 1998, l’Alaska e lo Stato delle Hawaii, in reazione alla pronuncia della Corte Suprema delle Hawaii nel caso *Baehr v. Lewin*, 74 2 Haw. 530, 852 P. 2d 44 (1993) che aveva dichiarato incostituzionale — per la prima volta al mondo la limitazione dell’istituto matrimoniale alla sola coppia eterosessuale. A partire dal 2000, 31 Stati degli Stati Uniti adottarono emendamenti costituzionali che vietavano il matrimonio tra persone dello stesso sesso (oltre all’Alaska, il Nevada nel 2000; Mississippi, Oregon, Oklahoma, Utah, Missouri nel 2004; Colorado e Tennessee nel 2006; Arizona e California nel 2008; North Carolina nel 2012) o le stesse unioni civili (Nebraska nel 2000; Georgia, Louisiana, North Dakota, Ohio, Michigan, Arkansas, Kentucky nel 2004; Texas e Kansas nel 2005; Alabama, South Dakota, Virginia, Idaho, Wisconsin, South Carolina nel 2006; Florida nel 2008). Gli Stati di Puerto Rico, Virgin Islands, West Virginia e Wyoming hanno, invece, vietato i matrimoni *same-sex* adottando una legge ordinaria. In molti Stati è vietato al tempo stesso il riconoscimento dei matrimoni *same-sex* celebrati in altri Stati (Alabama, Alaska, Arizona, Arkansas, Colorado, Florida, Georgia, Idaho, Indiana, Kansas, Kentucky, Louisiana, Michigan, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska Nevada North Carolina, North Dakota, Ohio, Oklahoma, Oregon, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Texas, Utah, Vermont, Virginia, Washington, West Virginia, Wisconsin, Wyoming).

22 Sulla scelta della Corte Suprema di omettere il profilo della violazione del principio di eguaglianza anche nel caso *Lawrence v. Texas*, cit., relativo alla legittimità costituzionale della legge del Texas che puniva gli atti sessuali tra adulti consenzienti dello stesso sesso, anche in luogo privato — come un *liberty case*, invece che come un caso di discriminazione verso gli omosessuali, si v. L. Tribe, *Lawrence v. Texas: The “Fundamental Right” that Dare Not Speak Its Name*, cit. e K. Yoshino, *The New Equal Protection*, in 124 *Harvard Law Review* 474 (2011), in part. § III. A, la quale sottolinea come la maggioranza della Corte Suprema in *Lawrence* abbia evitato di farne un “group-based equality case about gays” preferendo, invece, impostarlo come uno “universal liberty case”, “with undertones of equality”.

23 Su questi profili, in particolare per quanto attiene allo *standard of review* che invece una qualificazione dell’orientamento sessuale come fattore vietato di discriminazione avrebbe prodotto nei futuri giudizi di legittimità costituzionale relativi ai diritti LGBT, A. Sperti, *Il matrimonio same-sex negli Stati Uniti ad un anno dalla sentenza Windsor*, cit.

24 Cfr. *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374, 384 (1978).

25 Cfr. *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967) in cui peraltro si precisa che “the freedom to marry has long been recognized as one of the vital personal rights essential to the orderly pursuit of happiness by free men”.

26 In dottrina in questo senso di espresse anche M. Strasser, *Windsor, Federalism and the Future of Marriage Litigation*, in *Harvard Journal of Law and Gender Online*, www.harvardjld.com e in *What’s Next After Windsor*, in 6 *Elon Law Review* 387 (2014).

lità rese dalle Corti di appello del IV, VII e X *Circuit* relative — rispettivamente — all'illegittimità costituzionale dei *same-sex marriage bans* in vigore in Virginia, Indiana, Wisconsin, Utah e Oklahoma²⁷ — la Corte Suprema nega il *certiorari*. Il provvedimento lascia, pertanto, trasparire una posizione della Corte favorevole al riconoscimento del diritto al matrimonio *same-sex* in tutti gli Stati poiché il *certiorari denial* consente implicitamente alle autorità statali di dare seguito alle pronunce di incostituzionalità degli *state bans* in tutti gli 11 Stati ricadenti sotto la giurisdizione delle corti di appello coinvolte²⁸.

L'occasione per un nuovo intervento della Corte Suprema è offerta (o, probabilmente, provocata) nel gennaio 2015 da una sentenza della Corte di Appello del VI *Circuit* che, in contrasto con le altre corti federali di appello, conclude per la legittimità costituzionale dei *bans* in vigore in Kentucky, Michigan, Ohio e Tennessee. La Corte Suprema accetta così nel caso *Obergefell v. Hodges*, di ritornare sul matrimonio tra persone dello stesso sesso, al fine di fare definitiva chiarezza in merito alla legittimità costituzionale dell'art. 2 del DOMA.

In particolare, con una formula del tutto inconsueta²⁹ — il *certiorari* viene concesso “limitatamente alle seguenti domande”: a) se il XIV Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti (in cui trovano espressione i principi dell'*equal protection under the laws* e del *due process of law*) imponga agli Stati di concedere licenze di matrimonio alle coppie dello stesso sesso; b) se lo stesso Emendamento imponga a ciascuno Stato di riconoscere il matrimonio “legalmente autorizzato e contratto” al di fuori dei propri confini.

2. Le più salienti affermazioni dell'*opinion of the Court*

L'*opinion of the Court*, di cui è estensore il giudice Kennedy — lo stesso delle altre importanti pronunce della Corte Suprema sui diritti degli omosessuali, *Lawrence*³⁰ e *Windsor*³¹ — muove dal sottolineare la “centralità dell'istituto del matrimonio nella condizione umana”³². In particolare, Kennedy ricorda come il matrimonio “assicuri nobiltà e dignità a tutti gli esseri umani, senza riguardo alla loro condizione sociale”. Il matrimonio è sacro per i credenti e rappresenta un momento di realizzazione personale per i laici: “originando dai più basilari bisogni dell'essere umano, il matrimonio è essenziale per la realizzazione della nostre più profonde speranze ed aspirazioni”³³.

Le coppie omosessuali ricorrenti, dunque, non intendono “svilire la venerabile idea e la realtà del matrimonio”³⁴. Ciò che le anima — dichiara Kennedy — è la consapevolezza della “duratura importanza” del matrimonio. “Lungi dal cercare di privare di valore il matrimonio, i ricorrenti lo richiedono poiché rispettano e avvertono il bisogno dei privilegi e delle responsabilità che da esso conseguono. La natura immutabile di questi ultimi fa sì che il matrimonio rappresenti l'unico vero percorso verso questo profondo impegno reciproco”³⁵.

L'istituto del matrimonio, aggiunge l'estensore della pronuncia, si è evoluto nel tempo, subendo profonde trasformazioni che ne hanno riguardato sia la struttura che aspetti un tempo considerati dai più come essenziali. Tuttavia, “queste nuove idee hanno rafforzato e non indebolito l'istituto del matrimonio”³⁶.

27 Di questi sviluppi chi scrive ha dato conto in un breve scritto in *La Corte Suprema dà (implicitamente) il via libera alla celebrazione dei matrimoni same-sex in cinque Stati: uno stringato order che ha il sapore di una decisione storica*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2014.

28 In particolare i matrimoni *same-sex* furono ammessi oltre che Virginia, Indiana, Wisconsin, Utah e Oklahoma anche in Colorado, Kansas, North Carolina, South Carolina, West Virginia, Wyoming. Il matrimonio divenne così realtà in un totale di 30 dei 50 Stati dell'Unione.

29 Chi scrive ha espresso più ampiamente queste considerazioni in *Alcune considerazioni sulla decisione della Corte Suprema di pronunciarsi nuovamente sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2015.

30 *Lawrence v. Texas*, cit.

31 *Windsor v. United States*, cit.

32 *Opinion of the court*, p. 3.

33 *Ibidem*.

34 *Opinion of the Court*, p. 4.

35 *Ibidem*.

36 *Opinion of the Court*, p. 7.

È su queste importanti affermazioni che la maggioranza fonda le sue prime conclusioni: il matrimonio è un *diritto fondamentale*³⁷ e se fino ad oggi esso era tradizionalmente riconosciuto alle coppie di sesso diverso, oggi tutti i principi su cui la Corte Suprema ha basato i propri precedenti³⁸ devono essere estesi alle coppie omosessuali³⁹. Se infatti “il diritto di scegliere se contrarre o meno un matrimonio è inerente al concetto di autonomia individuale” e se la “natura del matrimonio è tale per cui attraverso un legame duraturo due persone possono realizzare altre libertà, come la possibilità di esprimere il proprio pensiero, la propria intimità e spiritualità”, “ciò è vero per tutti gli individui, indipendentemente dal loro orientamento sessuale”⁴⁰.

In secondo luogo il matrimonio assicura il diritto ad un’intima unione (*right to intimate association*)⁴¹ e tale diritto spetta ugualmente anche alle coppie *same-sex* per le quali, al pari delle coppie eterosessuali, è la premessa per un’ulteriore e piena realizzazione della propria libertà personale⁴².

Inoltre, con un’affermazione senz’altro innovativa e gravida di significato per le molte coppie omosessuali con figli, il giudice Kennedy osserva che il diritto al matrimonio merita tutela costituzionale poiché “esso protegge i bambini e le famiglie e trae dunque significato dal diritto a crescere, procreare ed educare i figli”⁴³. Le leggi che vietano i matrimoni tra persone dello stesso sesso, dunque, “danneggiano ed umiliano i bambini” di quelle coppie privandoli di benefici fiscali, ma soprattutto “del riconoscimento, della stabilità e della certezza del futuro che il matrimonio offre”⁴⁴.

Il matrimonio — sottolinea in ultimo il giudice estensore — è “la chiave di volta del nostro assetto sociale”⁴⁵, poiché rappresenta il presupposto per il riconoscimento di una lunga serie di diritti e doveri sociali. “Non c’è differenza tra coppie dello stesso sesso e coppie di sesso diverso riguardo a questo principio”. E tuttavia proprio a seguito del divieto di accedere al matrimonio, le coppie dello stesso sesso sono private di una varietà di benefici con la conseguenza di “un’instabilità che molte coppie di sesso diverso riterrebbero intollerabile”⁴⁶. Per questo motivo il divieto di matrimonio *same-sex* ha importanti implicazioni anche sul piano della violazione del principio di eguaglianza, poiché esso implicitamente “presuppone che gay e lesbiche non siano eguali sotto molti aspetti”.

La pronuncia affronta poi un altro profilo cruciale nel dibattito costituzionalistico americano con il quale anche le corti federali o statali si sono recentemente confrontate: se il diritto al matrimonio per le coppie *same-sex* configuri un *nuovo* diritto fondamentale o se, al contrario, esso non discenda piuttosto da un diritto al matrimonio senza aggettivi, a prescindere dalle caratteristiche personali dei coniugi. Coloro che si esprimono contro il riconoscimento del diritto al matrimonio *same-sex* negli Stati Uniti accolgono, infatti, la prima interpretazione, sostenendo — come in passato per il diritto al suicidio assistito — che un nuovo diritto fondamentale può essere riconosciuto solo se radicato “nella storia e nella tradizione”⁴⁷.

Il giudice Kennedy fa propria, invece, in termini molto netti la seconda interpretazione giudicandola quella più in linea con i precedenti: come in passato la Corte Suprema non ha individuato un “diritto al matrimonio interrazziale”⁴⁸ o un diritto al matrimonio dei detenuti, così anche in questo contesto il diritto al matrimonio va inteso “in senso ampio”. “Se i diritti — scrive — fossero definiti in base a coloro

37 *Opinion of the Court*, p. 12.

38 In particolare *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967), che dichiarò l’incostituzionalità dei divieti di matrimoni interrazziali, riconoscendo che “il matrimonio è uno dei diritti fondamentali della persona, essenziali per il perseguimento della felicità da parte di uomini liberi” e *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374, 384 (1978), che ribadì la natura di diritto fondamentale del matrimonio e la illegittimità costituzionale di alcune restrizioni al diritto al matrimonio per i genitori in debito nel pagamento degli assegni di mantenimento per i figli.

39 Si v. in particolare il § III dell’*opinion of the Court*, p. 12 ss.

40 *Opinion of the Court*, p. 13.

41 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), ma in questo senso anche il caso *Lawrence v. Texas*, cit..

42 *Opinion of the Court*, p. 14.

43 *Ibidem*.

44 *Opinion of the Court*, p. 15.

45 *Opinion of the Court*, p. 16.

46 *Opinion of the Court*, p. 17.

47 *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

48 Cfr. in particolare, *Loving v. Virginia*, cit., 12.

che li hanno esercitati in passato, allora prassi condivise servirebbero a giustificare sé stesse e nuovi gruppi non potrebbero invocare diritti in passato negati⁴⁹.

Il diritto delle coppie dello stesso di unirsi in matrimonio è quindi ricondotto dalla Corte Suprema al XIV emendamento, in cui si trovano espressione la tutela della libertà individuale (*Due Process Clause*, nel suo significato sostanziale) e il principio di eguaglianza (*Equal Protection Clause*). Libertà ed eguaglianza sono fra loro strettamente connesse e trovano, a giudizio del giudice Kennedy, una sintesi nella tutela della dignità umana⁵⁰: i *same-sex bans* adottati dagli Stati non solo, dunque, ledono la libertà delle coppie omosessuali, ma nel negare loro parità di diritti rispetto alle coppie di sesso diverso, li fanno oggetto di mancanza di rispetto e di subordinazione. La conclusione è dunque molto netta: “le coppie dello stesso sesso hanno diritto di esercitare il diritto fondamentale al matrimonio. Questa libertà non può più essere loro negata. Le leggi impugnate ... sono invalide nella misura in cui escludono le coppie dello stesso sesso dal matrimonio negli stessi termini e con le stesse condizioni riconosciute alle coppie di sesso diverso”.

L'ultima parte della *opinion of the Court*⁵¹ affronta il rapporto tra corte e legislatore nel riconoscimento dei diritti fondamentali: si tratta di un tema oggetto di ampie riflessioni anche in altre esperienze costituzionali in cui il giudice delle leggi ha preceduto gli organi politici nel riconoscimento del diritto al matrimonio per le coppie omosessuali, ma che negli Stati Uniti assume un rilievo del tutto particolare in ragione del valore che in questa esperienza riveste il principio della separazione dei poteri.

Anche a questo riguardo il giudice Kennedy si esprime in termini molto netti: a fronte di un dibattito molto ampio e dell'inerzia degli organi politici — sostiene — “le coppie *same-sex* non devono attendere l'intervento legislativo per vedere riconosciuto il proprio diritto fondamentale al matrimonio. ... Un individuo può invocare il diritto alla tutela costituzionale quando lamenta una lesione, anche se l'opinione pubblica non condivide e il legislatore si rifiuta di intervenire. ... Le corti sono aperte verso i soggetti lesi che si rivolgono loro per rivendicare il sostegno della nostra Carta fondamentale. L'idea della Costituzione era di sottrarre certi temi alle vicissitudini della lotta politica e di porli oltre la portata delle maggioranze e dei funzionari pubblici, stabilendo principi giuridici che fossero applicati dalle corti. Per questo motivo, i diritti fondamentali non possono essere rimessi ad un voto; essi non dipendono dall'esito di alcuna elezione⁵²”.

Le coppie omosessuali non possono dunque aspettare: il marito di Jim Obergefell, il primo ricorrente, è già morto — ricorda ad esempio il giudice Kennedy — e i bambini di molte coppie dello stesso sesso stanno crescendo senza che i loro genitori possano unirsi in matrimonio.

Nell'ultima parte il giudice Kennedy intende tuttavia rassicurare quanti, anche per motivi religiosi, si oppongono al matrimonio *same-sex* precisando che la sentenza non impedirà loro di esprimere le proprie opinioni in un dibattito aperto⁵³. Tuttavia, conclude, a fronte della richiesta di “coloro che non vogliono essere condannati a vivere in solitudine, esclusi dal godimento di antichi istituti giuridici” e che “chiedono eguale dignità di fronte alla legge”, la risposta della Corte deve essere chiara: “la Costituzione garantisce loro tale diritto⁵⁴”.

3. Le opinioni dissenzienti

Con una scelta insolita rispetto alla prassi della Corte Suprema, il Presidente della Corte, il giudice Roberts, ha voluto dare lettura di un estratto della propria opinione dissenziente, quasi a rimarcare la propria contrarietà verso i principi espressi dal giudice Kennedy per la maggioranza. Da conservatore moderato che in passato ha votato a favore anche di alcune riforme dell'amministrazione Obama, Roberts non si dichiara contrario al riconoscimento del diritto al matrimonio alle coppie dello stesso sesso: la principale obiezione che egli rivolge alla maggioranza è che la Corte Suprema non può operare come un legislatore, limitando il potere degli Stati di definire il “matrimonio” in base alle proprie tradizioni ed alla propria cultura.

49 *Opinion of the Court*, p. 18.

50 “*Classifications denied the equal dignity of men and women*” (*Opinion of the Court*, p. 21).

51 In particolare la parte IV della *opinion of the Court*.

52 *Opinion of the Court*, p. 24.

53 *Opinion of the Court*, p. 27.

54 *Opinion of the Court*, p. 28.

In altri termini, ciò che Roberts contesta è la stessa natura della decisione della Corte che definisce “un atto di volontà, non una pronuncia giudiziaria” da parte di un gruppo ristretto di giudici, privi di legittimazione democratica, che egli accusa di confondere “le proprie preferenze personali con il rispetto della legge”⁵⁵. Nell’assenza di una definizione a livello costituzionale di “matrimonio” ed alla luce dei precedenti della stessa Corte Suprema che riferiscono il matrimonio alla sola coppia eterosessuale, la disciplina dell’istituto e, in generale, di tutte le *domestic relations* dovrebbe, dunque, essere a suo parere rimessa agli Stati. Inoltre, aggiunge, l’opinione della maggioranza non trova neppure fondamento nella tradizione e nella storia, quali presupposti su cui la Corte — ha in passato fondato l’individuazione di nuovi diritti fondamentali⁵⁶.

Alla luce di queste considerazioni, dunque, per il Presidente della Corte Suprema la sentenza nel caso *Obergefell* ripropone l’attivismo giudiziario di altre, a suo parere, “*discredited decisions*” della Corte Suprema, quali *Dredd Scott v. Sanford* — che negò ai neri il diritto di cittadinanza e quindi il diritto di adire le corti federali — e *Lochner v. New York*⁵⁷, che nel 1905 dichiarò incostituzionale le disposizioni che introducevano forme di tutela sociale per i lavoratori, aprendo così un conflitto con l’amministrazione Roosevelt che si concluderà solo nel 1937.

La “deriva non democratica” della Corte Suprema rappresenta la principale obiezione rivolta anche dagli altri giudici dissenzienti. Il giudice Scalia, pur abbandonando i toni con cui in *Lawrence v. Texas*⁵⁸ era giunto ad equiparare omosessualità e *bestiality*, non manca in più punti di ridicolizzare le argomentazioni della maggioranza e qualifica la pronuncia come una “minaccia per la democrazia americana”⁵⁹, espressione di un *super-legislative power*⁶⁰, in aperta contraddizione con gli equilibri con la forma di governo e la forma di stato statunitensi.

Sulla stessa linea si pone anche l’opinione del giudice Thomas che accoglie un’interpretazione rigidamente originalista e letterale dei principi costituzionali e denuncia la “distorsione” in base alla quale la maggioranza applica il principio del *due process* a prescindere da un’effettiva lesione “della vita, della libertà e della proprietà”⁶¹. Tuttavia, dimostrando di non cogliere l’oggetto della questione, oltre che il senso della stessa pretesa dei ricorrenti, aggiunge che gli omosessuali non sono affatto privati della loro libertà, poiché “non sono stati imprigionati o limitati nella loro libertà personale da parte degli Stati per le loro relazioni con persone dello stesso sesso”. “Al contrario — osserva — sono liberi di coabitare e di crescere i loro figli in pace”⁶².

Quanto alla lesione della dignità sofferta dalle coppie omosessuali Thomas nega decisamente che essa si sia mai realizzata: “La dignità umana è innata ... Essa non può essere tolta dallo Stato... Coloro che sono privati di taluni benefici da parte del governo, certamente non perdono la loro dignità dal momento che il governo li ha loro negati”.

Nessuna opinione dissenziente prende, invece, posizione sulla centrale questione della tutela dei molti bambini figli di coppie dello stesso sesso. I pochi cenni ai bambini sono, infatti, solo funzionali ad una riproposizione del paradigma eterosessuale del matrimonio⁶³.

La seconda obiezione rivolta dai giudici dissenzienti è quella relativa alla minaccia che il riconoscimento dei matrimoni tra persone dello stesso sesso rappresenta per l’esercizio della libertà religiosa. Il giudice Roberts, in particolare, osserva come “le persone di fede non traggono sollievo dal trattamento che oggi ricevono dalla maggioranza” e ricorda, ad esempio, come le esenzioni fiscali per le istituzioni

55 V. p. 3, Roberts *dissenting*.

56 Su cui il già richiamato caso *Washington v. Glucksberg*, p. 720.

57 *Lochner v. New York*, 198 U.S. 95 (1905).

58 *Lawrence v. Texas*, cit..

59 V. p. 2, Scalia *dissenting*.

60 P. 5, Scalia *dissenting*.

61 P. 3 ss. della *dissenting opinion* del giudice Thomas. La *Due Process Clause* del IVX Emendamento, nella sua formula letterale prescrive infatti che “No state... deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law”.

62 P. 9, Thomas *dissenting*.

63 Cfr. ad esempio le parole del giudice Roberts, p. 5: “This universal definition of marriage as the union of a man and a woman is no historical coincidence. Marriage did not come about as a result of a political movement, discovery, disease, war, religious doctrine, or any other moving force of world history — and certainly not as a result of a prehistoric decision to exclude gays and lesbians. It arose in the nature of things to meet a vital need: ensuring that children are conceived by a mother and father committed to raising them in the stable conditions of a lifelong relationship”.

religiose potranno essere poste in discussione se queste dichiareranno apertamente la propria contrarietà al matrimonio tra persone dello stesso sesso⁶⁴.

La previsione di un ampio contenzioso derivante dal conflitto tra libertà religiosa e diritto al matrimonio è condivisa dal giudice Thomas che denuncia il disinteresse della maggioranza per le implicazioni della pronuncia sul punto⁶⁵. “La libertà religiosa — precisa — implica libertà di azione ... e l’ampiezza di tale libertà è direttamente correlata ai limiti posti all’esercizio della pratica religiosa”.

4. Alcune considerazioni sui profili costituzionali di maggior interesse della pronuncia

Colpisce in primo luogo la nettezza delle affermazioni e l’estrema chiarezza con cui il giudice Kennedy argomenta l’incostituzionalità dei *same-sex marriage bans* in vigore negli Stati. Mentre i precedenti casi, come *Lawrence v. Texas*⁶⁶ e *Windsor v. United States*⁶⁷ — pur rappresentando importanti vittorie per i diritti delle persone gay e lesbiche — avevano sollevato alcuni interrogativi per i molti punti lasciati in sospeso dalla Corte Suprema, la sentenza nel caso *Obergefell* è sicuramente molto più esplicita sul profilo del riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali.

Per questo motivo, essa è anche gravida di implicazioni: dal momento che la Corte Suprema desume la natura di diritto fondamentale del matrimonio non solo dalla libertà di tutti gli individui ma, al tempo stesso, anche dalle specifiche discriminazioni sofferte dalle coppie dello stesso sesso — in relazione, ad esempio, alla condizione dei loro figli — si può sostenere che nessuna disparità di trattamento, fondata sul solo orientamento sessuale dei coniugi, potrà mai in futuro superare un *test* di legittimità costituzionale negli Stati Uniti. Se in futuro i legislatori statali o quello federale introducessero disparità di trattamento, esse dovranno egualmente riguardare tutte le coppie ed essere sorrette da adeguata motivazione.

Quanto in particolare al matrimonio, la sua qualificazione come diritto come fondamentale e “la sua centralità per la condizione umana”⁶⁸ impone che qualsiasi limitazione dovrà in futuro superare un rigoroso scrutinio di legittimità costituzionale. Come Kennedy stesso sottolinea, infatti, “*marriage lies at the foundation of government*”⁶⁹.

Sul piano dei principi fondamentali, l’opinione della Corte ripropone quella lettura congiunta del principio della libertà individuale e dell’eguaglianza su cui il giudice Kennedy aveva fondato le precedenti dichiarazioni di illegittimità costituzionale delle *sodomy laws* (*Lawrence v. Texas*) e della definizione di “matrimonio” a livello federale (*Windsor v. United States*). Si tratta di una scelta dettata probabilmente dall’intento della Corte Suprema di non concentrare la propria analisi esclusivamente sulla violazione del principio di eguaglianza, poiché una tale impostazione avrebbe richiesto di qualificare l’omosessualità come un fattore di discriminazione costituzionalmente illegittimo, al pari di altre *suspect classifications* come il sesso o l’origine razziale.

Al contrario, soffermando la propria attenzione sulla violazione della libertà di tutti gli individui — nel caso di specie in relazione al matrimonio — la Corte Suprema riesce a trasformare un *equality case* relativo ad un particolare categoria di persone vittime di discriminazione, in una pronuncia di portata più generale, concernente il riconoscimento di un diritto al matrimonio “senza aggettivi”, “che origina dai bisogni essenziali dell’essere umano”⁷⁰.

Inoltre, questa impostazione in termini più generali consente alla Corte Suprema di escludere la configurabilità di un “diritto al matrimonio omosessuale” — come affermato dai dissenzienti: il matrimonio rivendicato dalle coppie ricorrenti non è, infatti, un nuovo diritto ma piuttosto un’ulteriore manifestazione — frutto di una mutata sensibilità sociale — del tradizionale diritto al matrimonio. La prova dell’esistenza di un radicamento del diritto nella storia o nella tradizione — su cui la Corte ha in

64 P. 25, Roberts *dissenting*.

65 P. 15, Thomas *dissenting*.

66 Cit.

67 Cit.

68 *Opinion of the Court*, p. 3.

69 *Ibidem*.

70 P. 3 (*Opinion of the Court*).

passato fondato il riconoscimento di nuovi diritti — diviene così irrilevante ai fini della soluzione del caso in esame⁷¹.

Di particolare interesse è poi l'attenzione che la maggioranza della Corte Suprema rivolte verso la violazione della dignità umana. Fino a pochi anni or sono, i riferimenti alla dignità erano pressoché assenti nella giurisprudenza costituzionale degli Stati Uniti. Ciò poteva attribuirsi, in primo luogo, all'assenza di una disposizione costituzionale di riferimento, ma anche agli stessi caratteri della tradizione giuridica americana, incentrata sul valore della libertà e dell'autodeterminazione individuale.

Tuttavia, in tempi recenti i riferimenti alla dignità nella giurisprudenza costituzionale americana sono divenuti sempre più numerosi, stimolando anche un ampio dibattito dottrinale⁷² che ha messo anche in evidenza l'ambiguità della nozione di dignità ed i pericoli insiti nella sua definizione da parte di giudici alla luce di "mutamenti socio culturali" o di un non meglio precisato "*Nation's social order*"⁷³. È proprio in relazione al riconoscimento dei diritti delle persone gay e lesbiche che la dignità compare nella giurisprudenza americana, soprattutto a partire dal caso *Lawrence* in cui, come nel caso in esame, essa trae il proprio significato dalla sintesi tra libertà ed eguaglianza⁷⁴.

Il giudice Kennedy accoglie quindi un modello argomentativo sulla dignità, intesa non solo in senso soggettivo ma anche oggettivo, che non è distante da quello accolto dalle Corti costituzionali e supreme di altri ordinamenti in relazione al riconoscimento dei diritti LGBT. La Corte Suprema del Canada, ad esempio, in *Egan v. Canada* chiarì che "la dignità si pone a fondamento dei diritti individuali in una società libera e democratica" e che "eguaglianza non significa altro che riconoscere l'eguale valore di ciascuno individuo come essere umano, a dispetto delle differenze individuali. Eguaglianza significa che la nostra società non può tollerare disparità di trattamento che rendano i cittadini di serie b ... o che altrimenti offenda la dignità umana".

In termini ancora più chiari, la dignità come sintesi di eguaglianza e libertà individuale è accolta dalla giurisprudenza della Corte Suprema del Sud Africa, sin dalla pronuncia che nel 1998 riconobbe l'illegittimità costituzionale delle leggi che punivano gli atti sessuali tra persone dello stesso sesso⁷⁵. In essa si afferma che "i diritti non devono essere costruiti in termini assoluti ed separatamente gli uni dagli altri", poiché "eguaglianza e dignità sono strettamente connesse fra loro".⁷⁶

Non si può, dunque, non rilevare il carattere innovativo delle affermazioni della Corte Suprema circa il valore del matrimonio per la realizzazione della dignità umana: esse avvicinano la giurisprudenza costituzionale americana alla tradizione costituzionale europea, in particolare a quella tedesca. Il valore dell'autodeterminazione individuale su cui la Corte aveva fondato le proprie conclusioni in passato — in relazione all'aborto, all'eutanasia, alla contraccezione — oggi sono lette alla luce del principio di dignità umana, quale riconoscimento del valore dell'individuo e della sua libertà nella società.

Un cenno merita, infine, la netta affermazione con cui la Corte afferma il dovere dei giudici di dare tutela a coloro che, come gay e lesbiche, rivendicano dei diritti in base alle disposizioni costituzionali pur a fronte di un dibattito ancora acceso nell'opinione pubblica e nella politica sull'opportunità del loro riconoscimento. Accogliendo questa conclusione, la Corte Suprema si fa portatrice di una visione che può apparire coraggiosa e, a parere dei dissenzienti, poco deferente verso gli organi rappresentativi cui dovrebbe essere rimessa la soluzione. Tuttavia, non si deve dimenticare che la Corte Suprema giunge a compiere questo passo a fronte di un consenso popolare verso il matrimonio *same-sex* in costante crescita e che sfiora, al momento della pronuncia, il 60%⁷⁷. L'elettorato americano dunque non è più di-

71 Cfr. pp. 10-11 dell'*opinion of the Court*. *Contra*, p. 14, Roberts dissenting.

72 E. Daly, *Human Dignity in the Roberts Court: A Story of Inchoate Institutions, Autonomous Individuals, and the Reluctant Recognition of a Right*, in 37 *Ohio Northern University Law Review* 381 (2011); Id., *Dignity Rights: Courts, Constitutions, and the Worth of the Human Person*, cit.; R.C. Glensy, *The Right to Dignity*, in 43 *Columbia Human Rights Law Review* 65 (2011); M.D. Goodman, *Human Dignity in Supreme Court Constitutional Jurisprudence*, in 84 *Nebraska Law Review* 740 (2006); V.C. Jackson, *Constitutional Dialogue and Human Dignity: States and Transnational Constitutional Discourse*, in 65 *Montana Law Review* 15 (2004); J.J. Paust, *Human Dignity as a Constitutional Right: A Jurisprudentially Based Inquiry into Criteria and Content*, in 27 *Howard Law Journal* 145 (1984); R.B. Siegel, *Dignity and Sexuality: Claims of Dignity in Transnational Debates over Abortion and Same-sex Marriages*, in 10 *International Journal of Constitutional Law* (ICON) 355 (2012).

73 Cfr. C. Turley, *The trouble with the "dignity" of same-sex marriage*, in *Washington Post*, 2 luglio 2015 e per una simile ricostruzione, M. Fink, *Human Dignity in Obergefell v. Hodges*, in *International Journal of Constitutional Law Blog*, www.iconnectblog.com.

74 A questo riguardo, nella nostra dottrina, G. Silvestri, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Bari, Laterza, 2009.

75 *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice*, Case CCT 11/98, 9 ottobre 1998, in www.saflii.org.

76 Cfr. in particolare § 31 dell'*opinion of the Court*.

77 Cfr. Gallup, sondaggio del maggio 2015, www.gallup.com/poll/117328/marriage.aspx.

viso come al tempo della prima pronuncia del 2013 in tema di matrimonio *same-sex*. Inoltre, sulla scelta della Corte Suprema ha sicuramente pesato il pressoché unanime riconoscimento, da parte delle corti statali e federali, dell'incostituzionalità dei *same-sex bans*.

La Corte Suprema, come le altre corti costituzionali che si sono negli ultimi anni pronunciate sul tema del matrimonio tra persone dello stesso sesso, non giunge dunque al riconoscimento del diritto al matrimonio senza che sulla questione sia maturato un diffuso consenso a livello sociale e politico.

Ciò non toglie, tuttavia, valore ed importanza alla sentenza le cui affermazioni sono destinate a restare nella storia del riconoscimento dei diritti civili negli Stati Uniti.

5. Le prospettive per il futuro: la tutela della libertà religiosa in relazione al matrimonio come strumento per contrastare gli effetti della pronuncia

Come in passato negli Stati Uniti la lotta dei neri per i diritti civili non si concluse con *Brown v. Board of Education*⁷⁸, né quella delle donne con *Griswold v. Connecticut*⁷⁹ e *Roe v. Wade*⁸⁰, *Obergefell* non rappresenterà probabilmente l'epilogo della lotta degli omosessuali per il riconoscimento della piena parità dei diritti.

All'indomani della sentenza molti sono stati i tentativi posti in essere sia da parte di comuni cittadini che di *public officials* per contrastarne gli effetti: si va dal caso dei panettieri dell'Oregon che si sono opposti alla richiesta di confezionare una torta nuziale per due donne⁸¹, alla vicenda di due ragazzi della Florida che, dopo la celebrazione del loro matrimonio, si sono visti rifiutare la vendita di alcuni farmaci da un farmacista contrario al *same-sex marriage*; al caso della donna residente in Texas che, rientrata dal viaggio di nozze con la moglie, viene licenziata; sino alla vicenda — che ha avuto ampio risalto anche sulla stampa internazionale — di Kim Davis, la funzionaria della corte statale del Kentucky che si rifiuta di rilasciare *marriage licences* (a tutte le coppie) “in nome di Dio” e che per questo viene arrestata per *contempt of court* e successivamente rilasciata⁸².

Come previsto dagli stessi giudici dissenzienti in *Obergefell*, il dibattito si è dunque spostato sul diritto di coloro che per motivi religiosi si oppongono al matrimonio *same-sex* di esercitare forme di obiezione di coscienza che si sostanziano nella negazione di un pubblico servizio alle coppie omosessuali.

Simili manifestazioni di dissenso si sono verificate anche in altre esperienze dopo il riconoscimento del diritto al matrimonio *same-sex* e sono state oggetto di pronunce — fra cui, in particolare, del *Conseil constitutionnel* francese⁸³ e del Tribunale Supremo Spagnolo⁸⁴ — che hanno negato ai pubblici ufficiali la possibilità di rifiutare la celebrazione dei matrimoni. Una pronuncia della Corte Suprema inglese ha, invece, affrontato il profilo della legittimità di forme di obiezione di coscienza da parte di privati cittadini, titolari di pubblici esercizi⁸⁵, negando che nel caso di specie i titolari di un *bed and breakfast* avessero diritto di rifiutare una camera ad una coppia dello stesso sesso in quanto solo ragioni molto rilevanti (*very weighty reasons*) possono giustificare una discriminazione in base all'orientamento sessuale.

78 *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

79 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

80 *Roe v. Wade*, cit.

81 Per un commento su questa vicenda e sulla sentenza della corte statale dell'Oregon che ha condannato i pasticceri al pagamento di § 135.000 a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale sofferto dalle due donne, A. Sperti, *Libertà di coscienza, libertà di impresa e divieto di discriminazione nel recente “caso della torta nuziale”*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2015.

82 Sulla questione, per un'analisi della posizione dei *public officials* e la tutela della loro libertà religiosa, E. Volokh, *When Does Your Religion Legally Excuse You From Doing Part of Your Job?*, in *Washington Post*, 4 settembre 2015.

83 *Conseil constitutionnel*, decisione n. 213.353 del 18 ottobre 2013, in *Articolo29*, www.articolo29.it. A commento della pronuncia, si v. le interessanti riflessioni di A.M. Lecis Cocco-Ortu, *L'obiezione di coscienza al matrimonio same-sex: un'opzione ammissibile? Riflessioni a partire dalla pronuncia del Conseil constitutionnel*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it. Sull'esperienza francese si v. anche il contributo di M. Saporiti, *Marriage pour tous e obiezione di coscienza in Francia*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2014.

84 Tribunale supremo, sentenza n. 3059/2009 dell'11 maggio 2009

85 Cfr. *Bull v. Hall*, Supreme Court of the United Kingdom, [2013] UKSC 73, in *Articolo29*, www.articolo29.it, con commento di D. Amram, *“Camera matrimoniale solo per coppie etero sposate”: il caso Bull v. Hall deciso dalla U.K. Supreme Court*.

Esaminando queste pronunce si ha la sensazione che la libertà religiosa sia invocata con una finalità non dissimile rispetto a quella di altri argomenti “risolutivi” spesi contro il matrimonio *same-sex* come, ad esempio, la tradizione. Invocare un diritto all’obiezione di coscienza significa, in altri termini, escludere a priori la possibilità di un bilanciamento tra diritti costituzionali contrapposti — diritto al matrimonio e parità di trattamento da un lato e libertà religiosa e di espressione del pensiero dall’altro. In un ordinamento come quello degli Stati Uniti, in cui la Corte Suprema ha riconosciuto il valore e la dignità delle unioni omosessuali ed il diritto di consacrarle nel matrimonio, l’invocazione della libertà religiosa appare oggi come l’unica via per contrastare le affermazioni della Corte Suprema, senza entrare nel merito dei diritti delle coppie omosessuali e delle ragioni a favore del riconoscimento del loro diritto al matrimonio, fra cui per tutte quella dei diritti dei bambini.

Chi scrive condivide dunque la scelta delle Corti che ad oggi hanno esaminato i primi casi di escludere che la libertà religiosa rappresenti un valore assoluto, da sottrarre al bilanciamento con i diritti dei terzi coinvolti e con il principio di eguaglianza: la sentenza dell’Oregon, ad esempio, richiama l’impatto sul piano psicologico che il rifiuto del dolce nuziale ha avuto sia per le spose che per i loro figli e la sentenza inglese si concentra principalmente sulla discriminazione operata verso la coppia osservando che certamente “la libertà religiosa si pone a fondamento di una società democratica”, ma che essa può essere limitata per tutelare i diritti costituzionali di altri soggetti.

È dunque in questa prospettiva che deve essere apprezzata, per le sue implicazioni, l’importanza del riconoscimento della natura *fondamentale* del diritto delle coppie omosessuali al matrimonio oggi compiuto dalla Corte Suprema.

Simone Chriss*, Danaya C. Wright**

After *Obergefell v. Hodges*: the continuing battle over equal rights for sexual minorities in the United States

Sommario

1. Introduction – 2. A Basic Primer on U.S. Constitutional Jurisprudence – 3.1 Equal Protection vs. Due Process in the United States: The Equal Protection Clause – 3.2. The Due Process Clause – 3.3. Hybrid Equal Protection and Due Process – 4. History of Same-Sex Marriage Regulations and Litigation – 5. *Obergefell v. Hodges* – 6. After *Obergefell*: What to Expect – 6.1. Fundamental Rights under the Due Process Clause – 6.2. Suspect Class Status under the Equal Protection Clause – 6.3. Dignitary harms – 7. Conclusion

Abstract

L'articolo esamina la rivoluzionaria sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Obergefell v. Hodges* che ha riconosciuto la natura di diritto fondamentale del diritto al matrimonio ed ha affermato che esso non può essere negato da alcuno degli Stati, neppure da quelli che hanno approvato miriadi di leggi volte a bandire i matrimoni tra persone dello stesso sesso.

Dopo aver illustrato la giurisprudenza costituzionale in tema di giusto processo e sul principio di eguaglianza, l'articolo esamina la storia del movimento per il riconoscimento del diritto al matrimonio e la sentenza *Obergefell*. Lo scritto si conclude con una discussione su come la teoria accolta nel caso — il riconoscimento dei diritti fondamentali sulla base della clausola del giusto processo — restringa il valore di precedente del caso. Sebbene gli attivisti per i diritti degli omosessuali abbiano accolto con grande entusiasmo la pronuncia, essa non si spinge sino al punto da essi sperato nell'affermazione della parità di trattamento per le minoranze sessuali per cui la battaglia degli attivisti continua per l'abolizione di ogni discriminazione nei luoghi di lavoro, nell'accesso agli alloggi, nell'istruzione, nei servizi pubblici, ecc.

*This article examines the pathbreaking U.S. Supreme Court decision in *Obergefell v. Hodges* that held same-sex marriage was a fundamental right that could not be denied by any state, despite the myriad same-sex marriage bans that had been passed in a majority of states. After explaining the constitutional jurisprudence of due process and equal protection, the article then examines the history of the same-sex marriage movement and the *Obergefell* decision. We conclude by discussing how the jurisprudential theory of the case, fundamental rights under the due process clause, narrows the scope of the case's precedential value. Although gay rights activists were thrilled with the decision, it did not go as far toward mandating equal treatment for sexual minorities as they hoped, and the battle continues as activists now have turned toward abolishing discrimination in employment, housing, education, public accommodations, and the like.*

* JD Student, University of Florida, Levin College of Law, 2016.

** Clarence J. TeSelle Professor of Law at the University of Florida, Levin College of Law.
Il contributo viene pubblicato in seguito a referees a doppio cieco.

1. Introduction

On June 26, 2015, the United States Supreme Court ruled in *Obergefell v. Hodges*¹ that same-sex marriage was a fundamental constitutional right that cannot be infringed. That decision marked the end of a long battle for gay and lesbian activists seeking equal rights to marry and thus to acquire the myriad tangible and intangible benefits of legal marriage. It also marks the beginning of the next stage in the battle for equal treatment for sexual minorities which began with the 1969 Stonewall Riots and has seen the Supreme Court strike down laws prohibiting states from blocking anti-discrimination laws for sexual minorities in *Romer v. Evans*² in 1996 and striking down anti-sodomy laws in 2003 in *Lawrence v. Texas*³. Justice Anthony Kennedy has authored the majority opinions in all four major gay rights cases of the last twenty years, including the decision in *Obergefell*, in which his focus has been on the dignitary harms facing sexual minorities who cannot marry, cannot visit their loved ones in hospitals, can be fired from their jobs or evicted from their homes, can be prohibited from adopting their partner's children, or can be imprisoned simply because they love someone of the same sex⁴.

Like the battles for racial and gender equality, the battle for marriage equality has been neither smooth nor steady. Sexual minorities still have a long way to go before they are treated equally under the law in most states, but the same-sex marriage issue has opened the door toward future cases that are likely to improve equal rights for all. As an astounding 63% of the population approves of same-sex marriage, and disapproves of differential treatment on the basis of sexual orientation, the decision in *Obergefell* provides valuable ammunition for the continuing battle while also falling short in what could have been a decisive blow against bigotry and legally-sanctioned discrimination. The decisive blow came for racial minorities in 1954 when the Supreme Court struck down the system of school segregation in *Brown v. Bd. of Education*⁵, decreeing that all laws mandating or permitting racial discrimination were unconstitutional. That moment also came in 1976 for women, when the Supreme Court held that laws disadvantaging on the basis of sex were subject to heightened scrutiny in *Craig v. Boren*⁶. But the Court has not held that sexual minorities are entitled to widespread protection against discriminatory local, state, or federal laws. Thus, while gays and lesbians celebrated winning the right to marry on June 26th, 2015, they picked up the banner on June 27th and are continuing down the long road toward legal equality.

In this article we briefly explain the complex legal history of the same-sex marriage issue, we explain the constitutional basis for the Court's decision in *Obergefell*, and we discuss where and how the case falls short in being the decisive moment for gay equal rights. To understand exactly what the case accomplishes, and what it fails to accomplish, one must understand the complicated nature of constitutional civil rights jurisprudence, as well as the balance of the U.S. federal/state legal system. While the dissenting justices in *Obergefell* decried the anti-democratic aspects of the decision, they were invoking a long debate between those who believe in a living constitution, that adjusts and evolves to deal with changing times, and those who espouse an originalist interpretation that the constitution is fixed in its eighteenth- or nineteenth-century meaning and context⁷. While the same-sex marriage debate has rekindled the constitutional battle over the nature and content of fundamental rights and liberties, it has also fit squarely within nearly a century's worth of cases affirming the rights of the individual to be protected against morals legislation that, for the disadvantaged, may reflect the tyranny of the majority.

1 135 S.Ct. 2584 (2015).

2 517 U.S. 620 (1996).

3 539 U.S. 558 (2003).

4 See, *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996); *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003); *United States v. Windsor*, 133 S.Ct. 2675 (2013); *Obergefell v. Hodges*, 135 S.Ct. 2584 (2015). Each of these opinions, authored by Justice Kennedy, were consistently joined by liberal Justices Ginsburg and Breyer, and each included dissenting opinions by conservative Justices Scalia and Thomas.

5 347 U.S. 483 (1954).

6 429 U.S. 190 (1976).

7 The originalist theory of interpretation is that the Constitution should be interpreted strictly based on the intent of its authors, and thus the Court should find a right to exist in the Constitution *only* if it is explicitly stated in the Constitution or clearly intended by the framers. The non-originalist theory of interpretation goes beyond the text contained within the four corners of the document, thus allowing the Court to protect rights not explicitly stated nor clearly intended by the Framers. The fundamental disagreement is over the evolution of the Constitution, with originalists believing amendments to be the sole method of constitutional evolution, and non-originalists deeming it permissible for the Court to interpret the constitution to protect rights not explicitly mentioned in the text.

2. A Basic Primer on U.S. Constitutional Jurisprudence

The United States Constitution was adopted in 1789, and it sets out the basic procedures for electing members of Congress, the President, and for the appointment of federal judges. Most importantly, however, it establishes our federal system of government, which consists of fifty sovereign states, each with its own jurisdiction to pass laws for the general welfare, and a single federal government of limited powers that is supreme within its limited scope of authority. The federal government receives its powers from the states and is limited by the Constitution to acting only in certain defined areas of national interest, such as immigration, interstate and international commerce, and national defense. The Constitution leaves all remaining powers to the states, including core state interests over domestic relations laws, criminal laws, and real property law within their boundaries.

Ideally, the jurisdiction of the federal and state governments should not conflict, as the federal government is supreme within its limited scope, and the states are supreme over all remaining matters. However, as times have changed and more and more matters have taken on national or even global implications, the federal government's powers have grown at the expense of the states⁸. While marriage, divorce, child custody and other matters of domestic relations laws have continued to rest primarily within the states, the creation of federal programs like social security, Medicare, and even federal income taxes create tension between federal definitions of marriage and state definitions of marriage.

In 1791 the Bill of Rights⁹ was passed, providing protections for individuals against majoritarian legislation in the areas of speech, religious expression, personal liberty, and a wide variety of criminal law protections. Most important for our purposes is the Fifth Amendment's protection against the deprivation of "life, liberty, or property without due process of law". For the first sixty years, however, the Bill of Rights protections were interpreted by the Supreme Court as applying only against the federal government and not against state governments¹⁰. Thus, if a person felt that a state law infringed a personal liberty, one would look to a state constitutional provision rather than the federal constitution.

But in 1868, following the Civil War, the Fourteenth Amendment was ratified which expressly prohibits *states* from depriving a person of life, liberty, or property without due process of law, or for denying a person the equal protection of the laws. These two provisions, the liberty prong of the Due Process clause of the Fifth and Fourteenth Amendments, and the Equal Protection clause of the Fourteenth Amendment are the primary sources of constitutional protections for individual civil rights. But juxtaposed against these individual rights protections is the structural nature of *federalism*, which guarantees that states have a zone of autonomy from federal intrusion, including from certain constitutional claims of individual rights under the federal constitution. Thus, if a matter is properly one for state law, neither Congress nor the Supreme Court has power to alter the state law. On the other hand, if a state law intrudes upon an individual right protected under the Fifth or Fourteenth Amendment, the state law must give way. Determining which jurisdiction, state or federal, will have legal control over a set of rights or entitlements is far from a simple matter, and marriage is one of the hardest to determine.

Because the criteria and qualifications for entering a valid marriage have typically been a matter of state law, there has been much debate whether same-sex marriage remains solely within the province of the states, or whether the right to marry the person of your choice without regard to racial or sexual limitations is a right entitled to protection under the liberty prong of the Due Process clauses of the federal constitution. That debate is at the heart of the constitutional battle for same-sex marriage in the United States. And within that battle is a question over whether the *Equal Protection* or the *Due Process* clause provides the appropriate source for striking down state laws banning same-sex marriage.

8 See e.g., *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937) (where the Court upheld the National Labor Relations Act of 1935 permitting federal oversight of state labor relations); *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 U.S. 528 (1985) (resulting in the application of the Fair Labor Standards Act to state governments, and thus rejecting a rule of state immunity from federal regulation).

9 The Bill of Rights consists of the first ten amendments to the Constitution, providing protections for speech and religious expression (Amendment I), arms (Amendment II), housing soldiers (Amendment III), search and seizure (Amendment IV), due process for the accused (Amendment V), fair and speedy trials (Amendment VI), jury trial (Amendment VII), and reserved powers of citizens and states (Amendments IX, X).

10 *Barron v. Mayor & City Council of Baltimore*, 32 U.S. 243 (1833).

3. Equal Protection vs. Due Process in the United States

3.1. The Equal Protection Clause

The Equal Protection clause of the Fourteenth Amendment to the United States Constitution provides that “No State shall deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws¹¹”. Laws that classify persons, and treat one group worse than another, raise concerns under the Equal Protection clause, which requires that persons be treated equally with one another to the extent they are similarly situated¹². Thus, minors can be prohibited from voting because of their nonage because they are held to be not similarly situated to adults in terms of their education and ability to reason. But blacks and whites, men and women, the disabled and the able-bodied are all similarly situated in their ability to exercise their right to vote and therefore cannot be treated differently¹³. Laws challenged under the Equal Protection clause focus on the classification between groups of people, and opponents of the laws question whether the classification is justified in light of the state or federal governments’ interest in treating the groups differently. Thus, school policies segregating students by race or gender have been stricken as unconstitutional¹⁴, just as laws requiring that laundries be located in brick, and not wooden, buildings were stricken when the law was applied unequally only to laundries owned or operated by Chinese-Americans¹⁵. Because gender and race is not relevant to the ability to go to school, and race is not relevant to operating a laundry, the Court held that state laws drawing such classifications were unjustified by whatever dubious goals the state tried to articulate for the differential treatment.

Constitutional mandates for equal treatment under the laws went largely unrealized as a civil rights matter until 1954, when *Brown v. Board of Education*¹⁶ became the first case in which the Supreme Court looked behind the face of the law, in this case school segregation laws, to sniff out what it called “invidious discrimination”. States could no longer claim that separate schools for white and African-American students were permissible, even if the schools had been equal in quality and opportunities, which they certainly were not. Equal protection requirements, that expressly applied only to states under the Fourteenth Amendment, were subsequently held to apply to the federal government under the Fifth Amendment in the same way they apply to state governments under the Fourteenth¹⁷. Equal protection analysis requires the government, whether state or federal, to show a sufficiently important objective to justify a law or government practice that discriminates against a group of people, especially if that group has faced discrimination in the past or is politically unpopular.

Since *Brown v. Bd. of Education*, the Supreme Court has developed a three-tier paradigm under the Equal Protection clause for analyzing laws that classify groups of people¹⁸. Laws that classify people

11 U.S. Const. Amend XIV, § 1.

12 The famous “footnote four” in the Supreme Court case *United States v. Carolene Products Co.* famously established that Courts should generally presume a law is constitutional, unless it interferes with individual rights or discriminates against a “discrete and insular minority,” in which case it should be subject to heightened scrutiny. 394 U.S. 144, 152 n.4 (1938). It is the discrete and insular minority aspect of the Court’s famous footnote that leads to the tiers of scrutiny for disadvantaged classes of people.

13 See, U.S. Const. Amend XV, § 1 (1870) (stating that the right to vote shall not be denied on the basis of race; U.S. Const. Amend XIX (1920) (stating that the right to vote shall not be denied on the basis of sex). See also, *Kramer v. Union Free School Dist.*, 395 U.S. 621, 626 (1969); *Harper v. Virginia St. Bd. of Elections*, 383 U.S. 663, 666 (1996) (in both cases, the Supreme Court declared the right to vote as a fundamental right protected under the Equal Protection Clause).

14 *Brown v. Bd. of Education*, 347 U.S. 483 (1954); *U.S. v. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996).

15 *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356 (1886).

16 347 U.S. 483 (1954).

17 *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954).

18 Under the equal protection clause, the Court has asserted that certain types of differences between people are likely to lead to elevated scrutiny while other differences are not. The first of these criteria is whether the law classifies individuals based on an immutable characteristic, meaning a characteristic the individual cannot choose or change, such as race. The second factor is the ability of the group to protect itself through the political process. The third factor routinely analyzed is the history of discrimination the group has faced, as this is often enlightening in determining whether the classification under the law is based upon stereotypes, prejudice, or bias, rather than on a legitimate government interest. *Cleburne v. Cleburne Living Center*, 473 U.S. 432 (1985).

based on race or national origin are deemed inherently suspicious and are subject to *strict scrutiny*¹⁹. Strict scrutiny requires that the government show that the law is a *necessary* means to accomplish a *compelling* state end, and requires proof that the law be the least restrictive and least discriminatory alternative available²⁰. Laws that classify people on the basis of gender and illegitimacy are subject to what has been termed *intermediate scrutiny*. Under intermediate scrutiny the government must show that the law is *substantially* related to an *important* government interest²¹. Under both strict and intermediate scrutiny, the burden is on the government to show that its law, treating people differently in some manner, is justified to serve an important or a compelling purpose.

Where a law classifies people on the basis of non-immutable characteristics or abilities, and the law does not seem to further some form of invidious discrimination, the Court applies a *rational basis* test to determine the constitutionality of the law. Under rational basis, the government need merely prove that the law is *rationally* related to a *legitimate* government end. Thus, laws that require people drive on the right side of the road, while disadvantaging those who want to drive on the left side, are not based on invidious discrimination against a politically unpopular group and are therefore constitutional. Most regulations involving businesses, or laws requiring marriage licenses or business licenses, are subject to rational basis review because they impose modest, reasonable restrictions in order to promote orderly social goals and are not tied to invidious forms of discrimination.

Unlike the two more stringent standards of review, strict and intermediate scrutiny, the rational basis test puts the burden of proof on the challenger rather than on the government²². Rational basis review is quite deferential to the government and the legislative process, and it is highly uncommon for a law to be deemed unconstitutional under this minimum level of scrutiny. Essentially, in order for a law to fail the rational basis test, the challenger of the law must demonstrate that the classification is completely arbitrary and entirely irrelevant to any reasonable state objective. But despite claims that rational basis is a pass for the government, a few laws have been stricken as being completely arbitrary or based on unreasonable animus against an unpopular group²³.

Determining which level of scrutiny to apply to laws that classify individuals, and are therefore at risk of disadvantaging an already disadvantaged group, is a highly contested issue. While the selection of a standard of review often seems to lead to a predetermined outcome, in reality the court has significant discretion in determining the standard, and the three tiers of review are often seen as more of a sliding scale rather than three distinct standards. Some have called strict scrutiny, “strict in theory but fatal in fact”²⁴ and others have referred to the rational basis test as toothless, but empirical analysis shows that a significant percentage of challenges to laws under strict scrutiny fail²⁵.

3.2. The Due Process Clause

The Due Process clause of the Fourteenth Amendment provides that “no State shall deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law²⁶,” therefore protecting individuals against arbitrary government intrusion into their fundamental *liberties*. *Due process* under this amendment refers to both procedural requirements of fairness when legal rights are restrained²⁷, and substantive matters, which consist of certain fundamental rights that cannot be infringed without substantially affecting an

19 See *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971); *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School Dist. No. 1*, 551 U.S. 701 (2007).

20 See, *Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469, 493 (1989).

21 See, *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976) (articulating the standard of intermediate scrutiny for gender classifications); *Clark v. Jeter*, 486 U.S. 456, 461 (1988) (holding intermediate scrutiny to be the standard appropriate for discriminatory classifications based on illegitimacy); *Matthews v. Lucas*, 427 U.S. 495, 505 (1976).

22 E.g., *Williamson v. Lee Optical Co.*, 348 U.S. 483 (1955).

23 See *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 631-34 (1996) (holding a state law unconstitutional as an irrational denial of equal protection using only rational basis review, as the law had no legitimate purpose and was born of animosity toward gays and lesbians).

24 Justice Brennan, concurring, in *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, 362 (1978).

25 Adam Winkler, *Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, in *Vanderbilt Law Review*, 793 (2006).

26 U.S. Const Amend XIV, § 1.

27 Procedural due process refers to the procedures that the government must follow before it deprives a person of life, liberty, or property. Issues commonly arising under procedural due process include the type of notice and the form of hearing required by the government in certain actions.

individual's right to liberty and autonomy. The substantive side of the due process protection for liberty and property requires that there be a sufficient justification for the state's action if it is going to infringe one's rights. Some liberties are so important that they are deemed *fundamental*, and when legislation burdens the exercise of a *fundamental* right, the law is subjected to strict scrutiny analysis²⁸. If analyzed under strict scrutiny, the government must meet the same standard as under equal protection — that the law is necessary to further a compelling state interest. Examples of rights that have been deemed fundamental include, but are not limited to, the right to vote, the freedom to travel, the rights of parents to have custody of their children, the right to privacy and personal autonomy, the right to marry, rights protecting procreation and contraceptives, and rights protecting sexual activity and medical care decision-making²⁹. Though some of these rights are not expressly mentioned in the text of the Constitution, they are nevertheless protected by the Court because the Due Process clause protects both enumerated rights and other derivative rights that are deemed necessary in a free and civil society³⁰. The determination of whether a right not enumerated in the text of the Constitution is fundamental often turns on whether the right is rooted in our Nation's history, legal traditions, and practices³¹.

If a right is deemed to be non-fundamental, such as the right to run a business or the right to shop for liquor on Sundays, the state may infringe the right so long as it meets the highly deferential rational basis test; i.e., that the law is rationally related to a legitimate government purpose. If the right is non-fundamental, it can be entirely prohibited if the state meets its deferential standard. Thus, the right to donate blood or the right to be free of property taxes can be prohibited or merely infringed, in the legislature's discretion. But if the right is fundamental, it usually cannot be entirely prohibited, and infringements on the right must be narrowly drawn to further the state's compelling interest. Thus, although access to an abortion is deemed a fundamental right that cannot be entirely prohibited, states can infringe the right through reasonable regulations so long as the right is not unduly burdened³².

The freedom to marry has been recognized as a fundamental right protected by the Due Process clause, a holding that has been reaffirmed by our nation's highest court myriad times³³. But regulations infringing the right to marry have also been upheld, such as the requirement of civil registration, prohibitions on polygamy or bigamy, prohibitions on marriages of minors or coerced marriages, restrictions on the basis of consanguinity, and even the requirement that the parties submit to a blood test³⁴. Thus, although the right to marry was affirmed when the Court struck down interracial marriage bans in *Loving v. Virginia* in 1967³⁵, it treated the prohibition against same-sex marriage in Minnesota as a mere regulation entirely within the purview of state domestic relations law five years later in *Baker v. Nelson*³⁶. Even though the Court has identified a right as fundamental, the Court is not bound to find that all expressions of that right are so important as to be entitled to constitutional protection, or that all restraints on the right are unconstitutional.

28 *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374, 388 (1978).

29 Voting: *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964); *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000); *Harper v. Virginia Bd. of Elections*, 383 U.S. 663 (1966). Travel: *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969); *Saenz v. Roe*, 526 U.S. 489 (1999). Custody: *Santosky v. Kramer*, 455 U.S. 745 (1982); *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374, 388 (1978); *Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645 (1972). Privacy and personal autonomy: *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Marriage: *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978). Procreation and contraceptives: *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535, 541 (1942); *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972). Sexual activity: *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). Medical care decision-making: *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (1990).

30 *Roth v. Board of Regents*, 408 U.S. 564, 572 (1972) (holding that liberty means those rights expressly stated in the constitutional text and those not specifically enumerated in the text, such as the right to marry).

31 *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 710 (1997).

32 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

33 See e.g., *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967); *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374, 388 (1978); *Perry v. Schwarzenegger*, 704 F. Supp. 2d 921, 991 (2010).

34 See, e.g., *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145 (1878) (upholding the constitutionality of a law forbidding polygamy, even though Mormons claimed that it was required by their religion); *Breithaupt v. Abram*, 352 U.S. 432, 436 (1957) (explaining that blood tests have become procedure for those going into military service as well as those applying for marriage licenses).

35 *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

36 *Baker v. Nelson*, 409 U.S. 810 (1972).

3.3. Hybrid Equal Protection and Due Process

As if these two clauses were not complicated enough, the Supreme Court has identified a hybrid theory of equal protection and due process. This complicated situation arises when a relatively small group of people are denied the right to exercise a fundamental liberty interest, or when their fundamental rights are infringed, but they are not recognized as a suspect class. For instance, imagine a state were to decree that people who drive red cars can only vote if they show four forms of identification and everyone else can vote by showing only one form of identification. In such an instance, people who drive red cars are not a suspect class, which racial minorities or non-marital children are. But the right to vote is a fundamental right. In this example the right to vote is not entirely prohibited to drivers of red cars, but their right to vote is significantly infringed. In such a case, the Court would elevate scrutiny to strict scrutiny *because of the infringement of a fundamental right*, but the Court would look at the *classification* to see if classifying people by what color car they drive is related to the exercise of the right. In this hybrid situation the Court focuses on the classification like it would do under equal protection, rather than on the infringement of the right which it would do under a pure due process analysis, even though what causes the elevation in scrutiny is the importance of the right. In this instance, driving a red car has nothing to do with the ability to vote capably, and thus the classification cannot meet the appropriate level of scrutiny and the law would be stricken.

On the other hand, a law that prohibits minors from voting would be upheld because, although the prohibition of voting by minors is a great burden on their fundamental right, the age classification makes sense in light of their general maturity and educational levels. Under this hybrid theory, therefore, laws infringing fundamental rights of non-suspect classes will receive heightened scrutiny into whether the classification (some people get to exercise the right and others do not) furthers a compelling government interest³⁷.

And this is precisely the situation raised by bans on same-sex marriage. States argue that no one is denied the fundamental right to marry; they are simply prohibited from marrying a person of the same sex. This means that opposite-sex couples may exercise their fundamental right to marry, but same-sex couples cannot. Because sexual minorities are not recognized as a suspect or quasi-suspect class under the Court's equal protection jurisprudence, they are very much in the same situation as the drivers of red cars. Their right to marry is severely infringed but it is not prohibited, as they can always choose to marry someone of the opposite sex. And so long as the classification between opposite-sex and same-sex couples in the exercise of the right to marry does not impose an undue burden on them, the law would be a permissible regulation.

This hybrid theory illustrates how complex the Supreme Court's constitutional civil rights jurisprudence has become. If one argues that a homosexual person is entirely prohibited from exercising the right to marry, and the right is a fundamental right, then the appropriate theory is the straightforward Due Process clause. If one argues that same-sex marriage bans classify between heterosexual and homosexual persons, and that the classification deserves heightened scrutiny because sexual minorities meet the recognized criteria of a suspect class, then the appropriate source is the Equal Protection clause. Under equal protection, one would only need to determine what level of scrutiny is appropriate based on whether the class is a suspect class entitled to strict scrutiny or only a quasi-suspect class, like gender, that is entitled to intermediate scrutiny. But if one acknowledges that sexual minorities are not a suspect class at all, and therefore entitled only to rational basis review of laws that disadvantage them, then one can argue the hybrid equal protection/due process claim if the right being infringed is deemed a fundamental right (and not a mere regulation) and the classification between heterosexual and homosexual marriage applicants does not further the state's interest in regulating marriage.

One can think of the issue a bit differently by considering whether the same-sex marriage bans are aimed at disadvantaging particular persons because they are gay, or whether the bans are aimed at regulating the act of getting married. In the former, the issue is equal protection and in the latter it is due process. If the marriage ban is like the requirement of civil registration, then it is a mere regulation generally left to state domestic relations laws. If the marriage ban is like the prohibition on coerced marriages, then it clearly furthers a compelling state end of maintaining morals and good behavior. If the marriage ban is really an attempt to disadvantage a group of people, in this case gay people, then it looks an awful lot like the interracial marriage bans that were aimed at disadvantaging racial minorities and would be an unconstitutional infringement of the fundamental right to marry.

37 *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967); *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969); *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972); *Bearden v. Georgia*, 461 U.S. 660 (1983); *M.L.B. v. S.L.J.*, 519 U.S. 102 (2012).

Even after the Supreme Court's decision in *Obergefell* holding that same-sex marriage bans were aimed at disadvantaging gay people, countless questions remain about the legitimacy of other types of marriage regulations. But that issue is addressed below. In order to fully understand the Court's decision and its impact for the future, we next need to place the case in its historical context.

4. History of Same-Sex Marriage Regulations and Litigation

As noted earlier, the Supreme Court struck down all interracial marriage bans in 1967 in *Loving v. Virginia*, stating that marriage is a *fundamental* right, and also holding that the race-based classification of the laws violated the Equal Protection clause, thus elevating the analysis to strict scrutiny. In response to this case, two men in Minneapolis applied for a marriage license in 1970 but were turned away, even though the state did not have a law explicitly mandating that marriage was only between a man and a woman. Relying on *Loving*, they sued the state and ultimately lost at every level, including at the Minnesota Supreme Court, which held that "in commonsense and in a constitutional sense, there is a clear distinction between a marital restriction based merely upon race and one based upon the fundamental difference in sex³⁸". On October 10, 1972, the U.S. Supreme Court rejected their appeal with a one-sentence order stating "The appeal is dismissed for want of a substantial federal question³⁹". In other words, the Court held that same-sex marriage regulations were, for all intents and purposes, simple matters of domestic relations laws solely within the purview of the states, and did not raise a federal constitutional question.

Although only seven states had laws defining marriage as between a man and a woman in 1973, that year Maryland became the first state to pass a statute specifically banning same-sex marriage, doing so in the context of its Family Law Code⁴⁰. Kentucky and Washington followed suit, and judges in each state held that the marriage bans were constitutional⁴¹. These swift defeats pushed the advocates of same-sex marriage back into silence.

For the next twenty years, the issue lay essentially dormant, until in 1990 three couples sought marriage licenses in Hawaii. When the licenses were denied because the parties were of the same sex, they sued, arguing that the requirement of a man and a woman violated both their equal protection and their due process rights. In 1991, the trial court dismissed the case and the couples appealed to the Hawaii Supreme Court, which held that denying same-sex couples the right to marry was a violation of the state constitution barring sex discrimination⁴². The court found that the restriction of marriage to opposite-sex couples constituted sex discrimination, as it prohibited same-sex couples from marriage based solely on the sex of the individual they sought to marry⁴³. The Hawaii Court rejected the due process claim that marriage was a fundamental right because same-sex marriages were not "so rooted in the traditions and collective conscience of our people that failure to recognize it would violate the fundamental principles of liberty and justice that lie at the base of all our civil and political institutions⁴⁴".

The case was remanded from the Hawaii Supreme Court to see if the state could meet strict scrutiny under equal protection and thus show that the marriage restriction furthered a compelling state interest. On remand, in 1996, the trial judge held that Hawaii's limitation of marriage to opposite sex couples could not withstand strict scrutiny and that it violated the petitioners' rights to equal protection of the laws⁴⁵. But while that decision was on appeal again, the voters of Hawaii approved a constitutional amendment banning same-sex marriages, and the Supreme Court of Hawaii held that the constitutional amendment removed the issue altogether from the courts⁴⁶.

Fearing a similar fate, the people of Alaska voted in 1998 to amend its constitution to ban same-sex marriage after a court ruling in *Brause v. Bureau of Vital Statistics*, in which the Superior Court of Alaska

38 *Baker v. Nelson*, 291 Minn. 310 (1971).

39 *Baker v. Nelson*, 409 U.S. 810 (1972).

40 M.S.A. §§ 517.01 et. seq., 517.08.

41 *Jones v. Hallahan*, 501 S.W.2d 588 (1973); *Singer v. Hara*, 11 Wash. App. 247 (1974).

42 *Baehr v. Lewin*, 852 P. 2d 44, 68 (Haw. 1993).

43 *Id.* at 57.

44 *Id.*

45 *Baehr v. Miike*, Circuit Court of Hawaii, First Circuit, Civil No. 91-1394 (1996).

46 Haw. Const. art. I, § 23, amended by Haw. Const. amend. II (1998).

agreed with the Hawaii ruling that the same-sex marriage ban constituted discrimination on the basis of sex⁴⁷. Both *Brause* and *Baehr* imposed heightened scrutiny by deeming same-sex marriage bans to discriminate on the basis of sex, rather than on the fundamental right to marry or on sexual orientation as a suspect or quasi-suspect classification.

After the Hawaii Supreme Court decision *Baehr* in 1993, thirty-two state legislatures altered their statutes to reflect marriage as a relationship between a man and a woman and two states adopted constitutional provisions limiting marriage to opposite sex couples only⁴⁸. By 2004, a mere nine years after the Hawaii decision, forty out of fifty-one states and territories had adopted such measures to prevent same-sex marriage from becoming a possibility in their states⁴⁹.

Adding fuel to this anti-gay wildfire, President Clinton signed the Defense of Marriage Act (DOMA) into law in 1996, federal legislation that defined marriage for federal purposes as between a man and a woman only, thus depriving them of over 1,138 protections and responsibilities that accompany marriage under federal law⁵⁰. DOMA also provided that no state had to recognize same-sex marriages performed in other states or countries, even though there was no state in 1996 that permitted same-sex marriage⁵¹. In many respects, Congress correctly saw the writing on the wall, that same-sex marriage was inevitable, but DOMA was aimed at postponing that date as long as possible.

During those first seven years following the historic Hawaii decision, the pendulum swung with force in the direction of anti-gay sentiment, and there wasn't enough support for gay rights among the general populace to create any significant challenge in response. However, in late 2000, the pendulum began to slowly swing back in the direction of respect for and recognition of same-sex relationships, as public support and awareness for gay and lesbian rights began to see an upward trend. This movement began with several states recognizing same-sex relationships through the granting of civil unions or domestic partnerships. The first of the states to create an "alternative system of marriage" was Vermont, as a result of the Supreme Court of Vermont's ruling in *Baker v. State*⁵², which held that same-sex couples were entitled to the same legal benefits and protections as heterosexual couples. Several states followed this trend, wherein they preserved the definition of marriage as being between one man and one woman, but created a parallel institution in which same-sex couples could gain some or all of the benefits and protections of marriage, even as they were prevented from using the title of marriage. Of course, without marriage and with DOMA in effect, couples in those few states with civil unions or domestic partnerships could not gain access to the over-1100 legal rights and responsibilities attaching to heterosexual marriage under federal law. During those years, civil unions and domestic partnerships were seen as a kind of *marriage lite*⁵³ — gay and lesbian couples had some of the benefits of marriage under state law, but without the title or the majority of the rights accorded married couples under federal law.

It is difficult not to compare the parallel institution of domestic partnerships and civil unions to the outdated "separate but equal" facilities provided to African Americans following the Supreme Court case *Plessy v. Ferguson*⁵⁴. Similar to the separate schools, drinking fountains, and public bathrooms that black people were required to use under Jim Crow laws, the separate institutions for gay and lesbian relationships were stamped with a badge of inferiority. One of the core elements of any fundamental right is the idea that it is fundamental to all people, not just to certain groups. Arguably, limiting the right to marry for same-sex couples denies their official family relationships the same dignity, respect,

47 1998 WL 88743 (Alaska Super. Ct. 1998).

48 Statutes: North Carolina, Utah (1995); Arizona, Delaware, Georgia, Idaho, Illinois, Kansas, Louisiana, Michigan, Oklahoma, Pennsylvania, South Carolina, South Dakota, and Tennessee (1996); Arkansas, Indiana, Maine, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, North Dakota, and Virginia (1997); Alabama, Iowa, Kentucky, and Washington (1998); California, Colorado, Texas, and West Virginia (2000). Constitutional Amendments: Alaska Const. art. I, § 25; Neb. Const. art. I, § 29.

49 Hawaii, North Carolina, Arkansas, Arizona, Alaska, Delaware, Georgia, Indiana, Illinois, Kansas, Missouri, Mississippi, Oklahoma, Pennsylvania, South Carolina, Tennessee, South Dakota, Florida, Idaho, Maine, Minnesota, Michigan, Montana, North Dakota, Texas, Utah, Virginia, Alabama, Kentucky, Louisiana, Colorado, Nebraska, West Virginia, Nevada, Wyoming, Ohio, Oregon.

50 Federal Defense of Marriage Act. 1 U.S.C.A. § 7 (1996) *added* Pub.L. 104-199, § 3(a).

51 1 U.S.C.A. § 7, Sec. 3. Definition of Marriage.

52 170 Vt. 194, 224 (1999).

53 See generally Hillel Y. Levin, *Resolving Interstate Conflicts Over Same-Sex Non-Marriage*, in 63 *Florida Law Review* 47 (2011) (discussing "marriage-lite" alternatives, such as civil unions, domestic partnerships, and reciprocal benefit agreements, and the myriad conflicts of laws that occur when, for instance, a same-sex couple married in a state where marriage is legal moves to a marriage-lite state).

54 163 U.S. 537 (1896).

and stature as that accorded to all other officially recognized family relationships⁵⁵. Even in states where the domestic partnership registry provides all of the *legal* benefits of marriage and a civil union or domestic partnership is equal to marriage in all but name, marriage lite denies the *social* benefits of marriage. This inequality arguably violates the fundamental rights guarantees of the Due Process clause because domestic partnerships were created specifically for the purpose of withholding real marriage from same-sex couples⁵⁶.

The first major shift in the legal status of same-sex marriage came a decade after the aborted Hawaii decision, when the Massachusetts Supreme Court ruled, in 2003, that the state's proposal to create a parallel system for same-sex relationships was unconstitutional under the Massachusetts state constitution. Deeming such segregation based on the gender composition of the couple to be irrational and out of step with the goal of encouraging adults to enter stable, loving relationships, the court in *Goodridge v. Department of Public Health*⁵⁷, mandated that marriage, in all its social and legal meaning, could not be denied to same-sex couples. In the very same year, the Supreme Court decided *Lawrence v. Texas*⁵⁸, which decriminalized intimate sexual acts between persons of the same sex and moved gays and lesbians out of the shadow of being labeled criminal deviants. Relying on the Due Process clauses of the Fifth and Fourteenth Amendments, Justice Kennedy, writing for the majority, stated that constitutional protections afforded straight persons regarding personal decisions relating to marriage, procreation, contraception, family relationships, child rearing and education apply equally to gays and lesbians⁵⁹.

These two rulings provided sexual minorities and their advocates the courage to begin a major effort to secure same-sex marriage through state-by-state strategic litigation. Utilizing the concept of *forum shopping*⁶⁰, advocates began litigating in states where same-sex marriage claims were most likely to succeed based on the political climate of the state and the composition of the state judiciary⁶¹. The major gay rights organizations that were implementing this state-by-state strategy wanted to avoid federal litigation on same-sex marriage, as they feared that the Supreme Court's conservative make-up did not auger well for a sweeping decision on marriage equality of the sort handed down in 1967 in *Loving*⁶². Moreover, bad precedent from an unfavorable federal ruling could quash the movement, leaving progressive states vulnerable to claims that their recognition of same-sex marriage was inconsistent with conservative constitutional rights jurisprudence or state prerogatives.

The state-by-state strategy was risky, however, because of how easily a victory in the courts or the state legislature could be overturned by a state constitutional amendment, as was the case in Hawaii. This painfully slow process of two steps forward, one step back, continued for the next five years, until the California Supreme Court ruled that marriage equality was required under the California State Constitution⁶³. For about six months, marriages were performed in California, only to be abruptly halted when Proposition 8 was passed by the voters, amending the California Constitution to prohibit same-sex marriages. California was the first state to actually have marriages be performed and then be stopped because of the state constitutional amendment. This anomaly, especially for the roughly 18,000

55 *In re Marriage Cases*, 43 Cal. 4th 757 (Cal 2008).

56 *Brown v. Education* stands for the proposition that even if the separate facilities for black and white persons were equalized in terms of all measurable factors, equality demands not just a comparison of tangible factors, but it takes into account the social and emotional impact of segregation. 347 U.S. 483, 489-93 (1954). Separating black and white children stamped black children as inferior, generating "a feeling of inferiority as to their status in the community that may affect their hearts and minds in a way unlikely ever to be undone". *Id.* at 494. Similarly, even if domestic partnerships provide the same tangible benefits as marriage, (which of course they didn't because of DOMA), the effect of a parallel institution with its stamp of inferiority is devastating for the families being denied the powerful social meaning that comes with being able to say they are married. See *Perry*, 704 F. Supp. 2d at 994.

57 440 Mass. 309, 344 (2003).

58 539 U.S. 558, 574 (2003).

59 *Id.*

60 'Forum shopping' refers to a parties' attempt to have his action tried in a particular court or jurisdiction where he feels he will receive the most favorable judgment or verdict. See *Black's Law Dictionary* 590 (5th ed. 1979).

61 See *Kerrigan v. Commissioner of Public Health*, 289 Conn. 135 (2007) (holding that the Connecticut law that restricted marriage to heterosexual couples violated same-sex couples' state constitutional equal protection rights).

62 Chief Justice Earl Warren (1953-1969), who authored the *Loving* opinion, was a very liberal Chief Justice, much unlike subsequent Chief Justices Rehnquist (who filed dissenting opinions in *Romer v. Evans* and *Lawrence v. Texas*) and Roberts (who filed dissenting opinions in *U.S. v. Windsor* and *Obergefell v. Hodges*).

63 *In re Marriage Cases*, 43 Cal.4th 757 (2008).

couples married between the June, 2008 decision by the California Supreme Court, and the November 4, 2008 election which saw Proposition 8 succeed by a 52.5% to 47.5% vote, created a classic equal protection problem. Some same-sex couples who married during the 2008 window were entitled to all the legal and social benefits of marriage, but any same-sex couple who came after November 4th would be entitled only to a domestic partnership.

Litigation on Proposition 8 was fast and furious, with cases challenging the amendment being filed the day after the election, on November 5th. However, the California Supreme Court ruled that the constitutional amendment was valid, and that same-sex marriage was no longer a part of California state law⁶⁴. That same day, the *American Foundation for Equal Rights* (AFER) filed suit in the *U.S. District Court for the Northern District of California* to challenge the validity of Proposition 8 under the U.S. Constitution. Judge Vaughn Walker was assigned to hear the case and he took the unusual step of setting the case for a trial on the merits in order to litigate the state's claims that Proposition 8's marriage ban furthered a legitimate state purpose.

The federal case against Proposition 8⁶⁵ changed the course of same-sex marriage litigation by bringing it in federal court and, for the first time, putting fear and discrimination on trial. It is important to note that, at the time this federal lawsuit was filed, only two states in the entire country allowed same-sex marriage⁶⁶, and both "Don't Ask Don't Tell"⁶⁷ and DOMA existed as strong affirmations that our government viewed gay and lesbian people as unequal. However, during the trial in January, 2010, each purported rationale for restricting marriage to opposite-sex couples was put on the stand and subjected to cross-examination and, one by one, each crumbled before the withering logic of Judge Walker. Rather than decide the case on summary judgment or a preliminary motion, as had almost every other judge who heard a same-sex marriage case, Judge Walker insisted on deciding the case on its merits through a trial, so that a record could be created, the parties could cross-examine each other, and the experts and claims of each side could be properly vetted. This record would come to reflect that absolutely no rationale existed for denying same-sex couples the right to marry, and the record exposed that bans on same-sex marriage were based on nothing more than animus toward gays and lesbians and served no legitimate government interest other than expressing a moral disapproval of homosexuality⁶⁸. Although Judge Walker ruled Proposition 8 to be unconstitutional under both the Due Process and the Equal Protection clauses of the U.S. Constitution, elevating scrutiny because marriage is a fundamental right and there was no rational state interest in denying the right on the basis of sex, a quasi-suspect category, the Judge also found that the state could not meet even the most deferential rational basis test⁶⁹. That decision, which referenced the individual rights protections of the federal constitution, and not state constitutional protections that could be easily amended by ballot initiatives, marked the sea change in marriage equality litigation.

Although the Supreme Court of the United States was not ready to affirm Judge Walker's decision on the merits when the case was appealed in 2013, it was ready to recognize same-sex marriages as entitled to constitutional protections. The Court side-stepped the issue of a national right to marriage equality under the federal constitution by deciding the appeal to the Proposition 8 case on a technical standing matter in *Hollingsworth v. Perry*⁷⁰. But that same day, the Court ruled that the federal marriage ban, DOMA, was unconstitutional. In *United States v. Windsor*⁷¹, the Supreme Court concluded that sec-

64 *Strauss v. Horton*, 297 P.3d 48 (2009).

65 *Perry v. Schwarzenegger*, 704 F.Supp. 2d 921 (Cal. 2010).

66 *Kerrigan v. Commissioner of Public Health*, 289 Conn. 135 (2008) (Connecticut Supreme Court ruled that same-sex couples are entitled to the freedom to marry); *Varnum v. Brien*, 763 N.W.2d 862 (2009) (Iowa Supreme Court hands down a unanimous decision in favor of marriage equality).

67 "Don't ask, don't tell," a discriminatory ban on gay and lesbian service members, was the official United States policy on military service by gay and lesbians signed into law by Bill Clinton on February 28, 1994. For seventeen years, this policy prohibited qualified Americans from serving their country and enshrined discrimination into law.

68 One of the most important moments that occurred during the trial of *Perry v. Schwarzenegger* was when Judge Vaughn Walker asked the defendant-intervener's attorney Charles Cooper what harm would come to "traditional" opposite-sex marriage as a result of permitting same-sex couples to marry, and his answer, in federal court, was "Your honor...my answer is...I don't know...I don't know". Transcript of *Perry v. Schwarzenegger*. Cooper later claimed that what he meant was, as same-sex marriage is a novel phenomenon and the effects on traditional marriage have not become apparent yet, that we need to wait and see what those effects will be.

69 *Perry*, 704 F.Supp. 2d at 997 (Cal. 2010).

70 133 S. Ct. 2652 (2013).

71 133 S. Ct. 2675 (2013).

tion 3 of DOMA, which defined marriage for federal law purposes as between a man and a woman only, could not withstand constitutional scrutiny because “the principal purpose and the necessary effect of [section 3] are to demean those persons who are in a lawful same-sex marriage” who — like the unmarried same-sex couple in *Lawrence* — have a constitutional right to make “moral and sexual choices⁷²”. By 2013, when the Court decided *Windsor*, seven states, plus Washington, D.C., had adopted laws permitting same-sex marriages, and for couples in those states, who were deemed married under state law, the federal marriage ban put them in an untenable box. Their states had decided to recognize and validate their relationships, but the federal government, which had heretofore deferred to state definitions of marriage, had suddenly decided not to recognize the state’s right to confer the legal status of marriage on its own citizens. So they were married for state purposes and not married for federal purposes.

Ironically, the decision in *Windsor* put other same-sex couples into another untenable box. For couples married in a state or country that recognized same-sex marriages, but residing in a state that did not, they were deemed married under federal law after *Windsor*, but unmarried in their states of domicile. This required filing separate income tax returns and dealing with complicated issues around traditional marital rights, like social security, pensions, elective shares, and other entitlements. Thus, in many respects, life was easier when same-sex marriage was prohibited in the vast majority of states and by the federal government. But once the federal government began to recognize them, those states that continued to deny same-sex marriages imposed tremendous burdens on their residents.

The Supreme Court’s decisions in *Windsor* and its tacit approval of the decision in *Perry* led to a flood of litigation in federal courts across the country, arguing that the U.S. Constitution prohibited states from banning same-sex marriages. Within two years, 60 district courts and 5 federal courts of appeals had ruled that marriage equality was a fundamental right, or that marriage bans were violations of the equal protection rights of same-sex couples⁷³. Only one court, the Sixth Circuit Court of Appeals, upheld a state marriage ban on the grounds that marriage is traditionally a matter of state law and, following the 1972 decision in *Baker v. Nelson*, does not raise federal constitutional questions⁷⁴. That conflict between the circuit courts forced the issue once again to the Supreme Court. And the rest, they say, is history.

5. Obergefell v. Hodges

Despite unanimity among each of the other Circuit Courts of the United States on the unconstitutionality of same-sex marriage bans, the Sixth Circuit Court of Appeals broke with the trend of holding that such marriage bans violate the U.S. Constitution, allowing Michigan, Kentucky, Ohio, and Tennessee to continue prohibiting same-sex couples from marrying⁷⁵. Because those states continued to define marriage as a union between one man and one woman, and also refused to recognize the marriages of same-sex couples performed in other states, fourteen same-sex couples, and two men whose same-sex partners were deceased but who sought survivor benefits as legal spouses, sought certiorari from the United States Supreme Court⁷⁶. Petitioner James Obergefell traveled from his home in Ohio to Maryland, where same-sex marriage was legal, in order to marry his long-time partner John Arthur before he died, as Arthur was suffering from the debilitating disease ALS. Arthur’s condition was so poor that they had to wed inside a medical transport plane as it remained on the tarmac in Baltimore, but they were firmly committed to dignifying their loving, committed relationship with the respectable title of marriage. Three months later, when Arthur died, the State of Ohio did not allow Obergefell to be listed as Arthur’s surviving spouse on his death certificate, forcing them to remain strangers even in death. Each of the other sets of petitioners had equally heart-wrenching stories, and their pleas for equal recognition, dignity, and treatment in the eyes of the law were able to land on the desks of the nine U.S. Supreme Court Justices.

72 133 S. Ct. at 2694-95.

73 The federal appellate court rulings include the 9th Circuit ruling, *Latta v. Otter*, in October of 2014; the 7th Circuit ruling, *Baskin v. Bogan*, in September of 2014; the 4th Circuit ruling, *Bostic v. Schaefer*, in July of 2014; the 10th Circuit ruling, *Bishop v. Smith*, in June of 2014; and the 10th Circuit ruling, *Kitchen v. Herbert*, in June of 2014.

74 *DeBoer v. Snyder*, 772 F.3d 388 (6th Cir. 2014).

75 *Id.*

76 *Obergefell v. Hodges*, 135 S.Ct. 2584 (2015).

The Supreme Court agreed to review two questions: the first was whether the Fourteenth Amendment requires a state to license a marriage between two people of the same sex; the second was whether the Fourteenth Amendment requires a state to recognize a same-sex marriage licensed and performed in a state which does grant that right. Because the petitioners claimed that they did not seek a *new* right, but rather the exercise of the age-old fundamental right to marriage, while the respondents adamantly argued that the right to marriage did not, and could not, include same-sex marriage, the Court had to look at the history of marriage in our country.

Justice Kennedy, writing for the majority, spent several pages discussing the transcendent importance of marriage and its centrality to the human condition, while also detailing the evolution of the institution of marriage over time. Developments in law and society have resulted in a continually changing definition of marriage, a concept demonstrated by Justice Kennedy through a reference to the outdated use of arranged marriages and the doctrine of coverture⁷⁷. The trend toward inclusivity and freedom, Justice Kennedy noted, has strengthened, not weakened, the institution of marriage, thus undermining the respondents' argument that permitting same-sex couples to marry would demean the timeless institution.

Justice Kennedy went on to eloquently document the history of discrimination against gays and lesbians in this country, including the legal and moral condemnation of same-sex intimacy until the late-20th century. Even after World War II, when gays and lesbians began to earn some semblance of dignity in their identities, same-sex intimacy remained a crime in many states. Gays and lesbians were not only discriminated against in their personal relationships, but were also prohibited from government employment, barred from military service, excluded under immigration laws, routinely targeted by police, and burdened in their rights to associate⁷⁸. These dignitary harms and injustices seemed justified at a time when homosexuality was treated as an illness, having been deemed a "mental disorder" by the American Psychiatric Association in 1952, and remaining classified as such until 1973. Justice Kennedy went through the history of the Court's treatment of the legal status of homosexuals, much like the historical discussion we have provided in the previous sections, from *Bowers v. Hardwick*⁷⁹ in 1986 which upheld the criminality of same-sex intimate relations through *Windsor* in 2013. As evidence of the nationwide change in opinion regarding the value of same-sex relationships, Justice Kennedy stated that, with the exception of the Sixth Circuit, all of the Courts of Appeal, and most of the District Courts that have considered the issue, have held that excluding same-sex couples from marriage violates the U.S. Constitution.

The Due Process clause's protection of fundamental liberties was the ultimate basis relied upon by the Supreme Court in concluding that marriage is a fundamental right that same-sex couples have the right to exercise. Unlike the originalist interpretations present in the dissents, the majority in *Obergefell* believed it is an enduring part of the judicial duty in interpreting the Constitution to continuously identify and protect fundamental rights, even newly emerging rights. This idea of a "living constitution," one that evolves and adjusts to deal with changing times, is at the heart of Justice Kennedy's claim that the nature of injustice is that we may not see it in our own times, but later generations have the right and the power to increase protections and provide greater security for groups and individuals than were recognized in 1789 or 1868. The Due Process clause, he wrote, protects and guarantees the right to marry; it guaranteed that right for interracial couples in *Loving*, for prison inmates in *Turner*, for fathers with unpaid child support duties in *Zablocki*, and finally, with *Obergefell*, it guarantees that right for same-sex couples.

Justice Kennedy relied on four principles and traditions to demonstrate that the reasons marriage is fundamental under the Constitution support its application to same-sex couples. First, the right to personal choice regarding marriage is inherent in the concept of individual autonomy; second, the right to marry is fundamental because it supports a two-person union unlike any other in its importance to the committed individuals; third, marriage safeguards children and families and thus draws meaning from related rights of childrearing, procreation, and education; and finally, the Court's cases and the Nation's traditions make clear that marriage is a keystone of our social order⁸⁰. Because there is no difference between same-sex and opposite-sex couples with respect to the quality of their relationships or their ability to raise children, the result of the exclusion of same-sex couples from the institution was

77 Under the centuries-old doctrine of coverture, a married man and woman were treated by the State as a single, male-dominated legal entity. See W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* 430 (1765).

78 *Obergefell*, 135 S.Ct. at 2596.

79 478 U.S. 186 (1986).

80 *Obergefell*, 135 S.Ct. at 2599-2602.

viewed as a denial of the constellation of benefits that the states have linked to marriage and a resulting instability and lack of dignity for their families.

While deciding *Obergefell* on the basis of due process, the majority gave some credence to the claim of equal protection. In *Cleburne v. Cleburne Living Center*, 473 U.S. 432 (1985), the Court discussed that, under the Equal Protection clause, heightened scrutiny is warranted when, among other factors, a group is discriminated against based on an immutable characteristic. Several times throughout the majority opinion, Justice Kennedy mentioned sexual orientation as being immutable, opening the door to the possibility of challenging laws that discriminate against gays and lesbians under a higher level of scrutiny. *Loving*, *Zablocki*, and the myriad cases in which the Court invalidated laws that imposed sex-based inequality on marriage⁸¹, all demonstrate how the Equal Protection clause can help to identify and correct inequalities in the institution of marriage. Following a discussion on the profound relationship between the Due Process and Equal Protection clauses, Justice Kennedy held that the denial of marriage to same-sex couples works a grave and continuing harm, serving to disrespect and subordinate gays and lesbians, was an infringement on their rights that cannot stand under the Equal Protection clause. This reference to the Equal Protection clause is a first in Justice Kennedy's gay rights jurisprudence and marks a potential opening salvo in the continuing battle for equal rights for sexual minorities.

In resolution of the second issue before the court, Justice Kennedy quite logically held that all states must recognize same-sex marriages validly performed in other states. Failing to do so would promote instability, uncertainty, and a national patchwork of inconsistency in the laws concerning domestic relations.

The respondents, as have many opponents of same-sex marriage, urged the court to proceed with caution, to allow further litigation, legislation, and debate on the issue; also known as the *wait and see* argument. Justice Kennedy addressed this concern, acknowledging that the democratic process is the typical vehicle for such important and controversial societal changes. He swiftly concluded, however, that our constitution does not require individuals to "wait and see" when it is a fundamental right they are being denied. As Martin Luther King stated in 1963, on the steps of the Lincoln Memorial, "this is no time to engage in the luxury of cooling off or to take the tranquilizing drug of gradualism," expounding that full equality could only happen at the federal level. In his *Letter from Birmingham Jail*, Dr. King famously said: "Freedom is never voluntarily given by the oppressor; it must be demanded by the oppressed. For years now, I have heard the word 'Wait!' It rings in the ear of every Negro with a piercing familiarity. This 'Wait' has always meant 'Never.'" This sentiment rings as true with regard to the fight for marriage equality as it did to the fight for racial equality.

The dissenters in *Obergefell*, unsurprisingly, adhered to an originalist interpretation of the Constitution, one that does not change over time with society's evolving concept of freedom and equality. They argued it is not for the Supreme Court to determine what should fall within the definition of marriage, and disagreed with the notion that the Constitution can compel a state to change its definition of marriage. The dissenters clearly articulated their disdain for the majority decision in many regards, but focused particularly on the majority's failure to comprehend the history of marriage as between a man and a woman, and the purpose of marriage as the preservation of our race through procreation.

The dissent by Chief Justice Roberts expressed weariness of the judicial role in selecting which unenumerated rights rank as fundamental under substantive due process, comparing the devastating lack of restraint exercised by the majorities in *Dred Scott v. Sandford*⁸² and *Lochner v. New York*⁸³ to the majority holding in the instant case. Comparing the majority opinion here to that in *Lochner* on several occasions, Chief Justice Roberts criticized the majority's rejection of the democratic process and outright repudiation of this country's entire constitutional history and tradition, replacing such with five justices' own personal beliefs. By ending the public debate regarding same-sex marriage, he accused the majority of removing the issue from the democratic decision-making process and thus demeaning the idea of democracy.

While that argument resonated with social conservatives, it reeked of hypocrisy. Every time the Court strikes down a law as a violation of a fundamental right, it acts in a counter-majoritarian manner. The references to *Lochner*-era judicial activism is used by judges on both sides of the political divi-

81 See, e.g., *Kirchberg v. Feenstra*, 450 U.S. 455 (1981); *Wengler v. Druggist Mut. Ins. Co.*, 466 U.S. 142 (1980); *Califano v. Westcott*, 433 U.S. 76 (1979); *Orr v. Orr*, 440 U.S. 268 (1979); *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973); *Califano v. Goldfarb*, 430 U.S. 199 (1977); *Weinberger v. Wiesenfeld*, 420 U.S. 636 (1975).

82 *Dred Scott v. Sandford*, 19 How. 393 (1857) (holding the Missouri Compromise, which restricted the institution of slavery, to be invalid as an impermissible restriction on the implied rights of slaveholders).

83 *Lochner v. New York*, 25 S.Ct. 539 (1905) (invalidating state statutes that interfered with the right of the individual and the freedom to contract, thus striking down a state law setting maximum hours for bakery employees).

de whenever a law is stricken⁸⁴. Thus, while the conservative justices rail when conservative laws are stricken for being a violation of civil rights protections, the liberal justices rail when liberal campaign finance restrictions or environmental protection laws are stricken for being a violation of speech rights or property rights. The allusion to Lochnerism is merely a shibboleth that both sides routinely resort to when they are in the minority.

Justice Scalia provided an expected scathing dissent, with a focus on the threat to American democracy posed by the majority opinion. Though to his credit he did not predict that the U.S. would be destroyed as a modern-day Sodom or Gomorrah, which was the gist of his dissent in *Lawrence v. Texas*. Justice Scalia marked the majority opinion as the furthest extension imaginable of the Court's claimed power to create liberties that the Constitution does not expressly mention, robbing the American people of the freedom to govern themselves. True to his originalist interpretation of the Constitution, Justice Scalia argued that because marriage was between one man and one woman when the Fourteenth Amendment was ratified in 1868, that alone should have resolved these cases against the petitioners.

Chief Justice Roberts' dissent presented the oft posed slippery-slope question of whether plural marriage will be the next piece of the civil rights puzzle because, in his belief, the leap from opposite-sex to same-sex marriage defies our nation's history and traditions far more than do plural unions. But because the majority was careful to specify, on several occasions, that the fundamental right to marriage being discussed was that between *two* consenting individuals, this possibility seems unlikely. The dissenters additionally deconstructed the Equal Protection clause claim made by the majority, ultimately deeming it void of any logical explanation, and pointing out its failure to follow the common framework used to decide equal protection cases. The dissenters argued that there exists no Equal Protection clause issue in the instant case, as it is well within the rights of the states to distinguish between same-sex and opposite-sex couples in their "legitimate interest" in "preserving the institution of marriage". By denying that same-sex marriage is a fundamental right, the dissenters acted as though the hybrid equal protection/due process theory simply did not exist. Their duplicitous and sanctimonious objections to the equal protection claim revealed a willful disregard of well-established Constitutional jurisprudence that can only be explained as a product of their conservative political and social views.

Each of the four individual dissents warned of the dangers inherent in the majority's blatant abuse of authority, with Justice Alito focusing on the consequences of the majority's invention of a new right and imposition of said right on the rest of the country. Justice Alito opined that all Americans, regardless of their stance on the issue of same-sex marriage, have cause to fear for the future of judicial impartiality and fairness in constitutional interpretation by the Supreme Court⁸⁵. But that same prognosis was espoused when racial segregation was struck down and when privacy and abortion rights were protected against state infringement.

The dissenters' focus on democratic processes invoked a federalism argument, that the federal government should stay out of the business of the states. The Constitution has never granted the federal government authority in the realm of domestic relations, thus the states have historically had the freedom to regulate marriage, including the right to define marriage⁸⁶. States may not, however, regulate or define marital relations in a manner that violates the federal Constitution⁸⁷. When the voters of a state have spoken, especially through ballot initiatives amending their state constitutions, same-sex marriage opponents and their four conservative justices argue that the Court would be demeaning the democratic process and usurping the citizens of the states' clear policy choice. However, the Constitution exists for the precise purpose of shielding certain matters from irrational or discriminatory change by political majorities, as famously expressed by Justice Jackson:

The purpose of a Bill of Rights was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials and to establish them as legal principles to be applied by the courts. One's right to life, liberty, and property, to free speech, a free press, freedom of worship and assembly, and other fundamental rights may not be submitted to vote; they depend on the outcome of no elections⁸⁸.

84 See *Johnson v. U.S.*, 135 S.Ct. 2551 (2015); *Stop the Beach Renourishment, Inc. v. Florida Dept. of Environmental Protection*, 560 U.S. 702 (2010); *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School Dist. No. 1*, 551 U.S. 701 (2007); *U.S. v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995).

85 *Obergefell*, 135 S.Ct. at 2640-2643

86 See *Windsor*, 133 S.Ct. at 2691-92.

87 *Id.* at 2691 (citing *Loving*, 388 U.S. 1).

88 *W. Va. Bd. of Educ. v. Barnette*, 319 U.S. 624, 638 (1943).

The most important effect from the Court's predictable decision in *Obergefell* is that, on June 26th, 2015, the highest authority in the U.S. effectively told gay and lesbian people all across the country that their relationships were equal in the eyes of the law, that their relationships deserve dignity and respect, and that their relationships were no longer relegated to second class status. The impact of this sentiment on the hearts and minds of young people all over the country, that the most meaningful decision they will make in their adult life is equal to that of their heterosexual family and friends, cannot be overstated.

6. After Obergefell: What to Expect

For at least the first twenty-four hours, gay rights activists and their allies celebrated the landmark decision that made marriage equality a constitutional right for all Americans. But the next day they went back to work to fight for broader protection of rights for all sexual minorities in the countless other areas of life that matter, perhaps even more than marriage, such as employment, housing, and education. The Civil Rights Act of 1964, and its amendments and other protective legislation⁸⁹, provide broad protections against discrimination on the basis of race, color, religion, sex, national origin, and disability in employment, housing, education, voting, and public accommodations. But there is no federal legislation prohibiting discrimination on the basis of sexual orientation, gender expression, or gender identity. Not surprisingly, sexual minorities face widespread discrimination in many areas of life. Now that marriage equality has arrived, the real question is what effect the *Obergefell* precedent will have on the next round of civil rights litigation. And the answer to that depends, in large part, on what *Obergefell* did, and what it didn't do.

There is no question that *Obergefell* joins Justice Kennedy's other path-breaking gay rights opinions where he focuses on the dignitary harms of anti-gay sentiment and legislation. In *Romer v. Evans* he stated that the majority cannot impose a broad, undifferentiated disability on a politically unpopular group⁹⁰. In *Lawrence v. Texas* he affirmed the right of sexual minorities to engage in intimate sexual behavior without fear of criminalization, noting that their intimate behavior was just as important and fulfilling as the intimate behavior of heterosexual couples⁹¹. In *U.S. v. Windsor* he noted that the Constitution does not permit laws that refuse dignity and protection to same-sex relationships⁹². And in *Obergefell* he again stressed that the majority cannot denigrate the dignity of gay relationships without denigrating the dignity of gay individuals who have just as much right to liberty and autonomy as those in the majority population. In repudiation of the pain and humiliation caused by the Court in *Bowers v. Hardwick*, Justice Kennedy, in *Obergefell*, profoundly stated "dignitary wounds cannot always be healed with the stroke of a pen"⁹³.

Justice Kennedy's insistence that the liberty prong of the Due Process clause protects gay persons in their political activities, in their intimate relationships, and in their marriages fits squarely within a long tradition of due process protections for intimate family decision-making. Since 1888, marriage has been discussed by the Supreme Court as one of the most important relations in life, one of vital importance to our society, essential to the orderly happiness by free men, "sheltered by the Fourteenth Amendment against the State's unwarranted usurpation, disregard, or disrespect"⁹⁴, and the Supreme Court has reaffirmed and strengthened this notion time and time again⁹⁵.

89 A landmark piece of civil rights legislation, the Civil Rights Act of 1964 prohibited discrimination based on race, color, religion, sex, and national origin. Though the powers to enforce the Civil Rights Act were initially weak, they were enhanced subsequently by Congress's authority to regulate interstate commerce, its duty to provide equal protection of the laws, and its duty to ensure voting rights. In 1972, with the passage of the Equal Employment Opportunity Act, the Equal Employment Opportunity Commission was given the authority to enforce the Civil Rights Act.

90 *Romer v. Evans*, 517 U.S. at 632.

91 *Lawrence*, 539 U.S. at 578-79.

92 *Windsor*, 133 S.Ct. at 2681.

93 *Obergefell*, 135 S.Ct. 2606.

94 *M.L.B. v. S.L.J.*, 519 U.S. 102, 116 (1996).

95 See also *Maynard v. Hill*, 125 U.S. 190, 205 (1888), *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390, 399 (1923), *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535, 541 (1942), *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 485-86 (1965), *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967), *Boddie v. Connecticut*, 401 U.S. 371, 376 (1971); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), *Cleveland Bd. Of Educ. V. LaFleur*, 414 U.S. 632, 639 (1974); *Carey v. Popu-*

But the real question is whether the precedent set in *Obergefell*, with its reliance on the Due Process clause, will have profound implications for the future or will be narrowly limited to the discrete area of same-sex marriage. And although crystal-ball gazing is not our strength, there are some likely implications from the case that deserve some further discussion.

6.1. Fundamental Rights under the Due Process Clause

As noted above, the fundamental rights prong of the Due Process clause protects individuals from arbitrary government intrusion into their *life, liberty, or property*, and laws that burden the exercise of a right deemed “fundamental” require strict scrutiny analysis. In order for a right to be fundamental, it must be “deeply rooted in this Nation’s history and tradition⁹⁶”. Justice Kennedy stated that marriage is a fundamental right and cannot be infringed by states seeking to deny marriage to same-sex couples. He did not state that there is a fundamental right to same-sex marriage. Consequently, he has potentially opened the door to further litigation on other types of regulations affecting marriage. The one most often cited by commentators are the laws prohibiting polygamy, or plural marriages. If marriage is a fundamental right, it is often suggested, then laws limiting marriage to two persons also will have to meet strict scrutiny to survive.

In many respects this argument is a red-herring. Justice Kennedy announced in the majority opinion that the precedent was limited to marriages between two persons, and does not open the door to marriages between three or more persons. But also, polygamy is so far removed from mainstream views on marriage, and so fundamentally would change the rights and entitlements associated with marriage, that it is not likely to be a successful claim anytime soon. The logistics of plural marriages in a social welfare state are difficult to imagine. For instance, a spouse is entitled to survivor benefits from a decedent spouse’s social security⁹⁷. If polygamy were recognized, it would be very difficult to provide criteria for equitably allocating such benefits. And spouses have common rights to be the executor of a decedent spouse’s estate, but those laws would run into turmoil as multiple spouses would lay claim to the entitlement⁹⁸. Although the details are not impossible to work out, it is unlikely that legislatures or courts are interested into wading into that quagmire anytime soon.

The more likely result of the case is going to be a closer analysis of other types of regulations on marriages, like prohibitions on consanguineous marriages, coerced marriages, marriages with minors, and certain registration or other restrictions on who can perform marriages. Domicile or residency restrictions may also come under attack. Although the state has a strong interest in keeping track of who is married to whom, so that the respective benefits and legal rights can attach, the state probably has a less strong interest in denying marriage to first cousins or insisting that marriages be performed only by licensed clergy or state court clerks. While coerced marriages are certainly to be prohibited, certain age restrictions might appear arbitrary if challenged. After all, betrothals were common among children as young as two or three, and marriages frequently occurred among children as young as ten and twelve in the not too distant past all over Europe⁹⁹.

But in the scale of possibilities, the Court’s use of a fundamental right to validate same-sex marriage does not open the door to widespread use of the precedent as a mandate for civil rights for sexual minorities. In that respect, it is somewhat disappointing. However, there are at least two promising aspects of the case that could lead to wider implications.

6.2. Suspect Class Status under the Equal Protection Clause

As noted above, the Equal Protection clause prohibits discriminatory treatment of groups of people who have been given suspect class, or quasi-suspect class, status because of their history of discrimination. If gay rights activists had written the opinion, the Court would have held that sexual minorities are a

lation Servs. Int’l, 431 U.S. 678, 685 (1977); *Moore v. City of East Cleveland*, 431 U.S. 494, 499 (1977); *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374, 384 (1978); *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78, 96 (1987); *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 851 (1992); *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 574 (2003).

96 *Moore v. City of East Cleveland*, 431 U.S. 494, 503 (1977).

97 See ssa.gov.

98 R.C. Paddock, *Doctor Led Three Lives with Three Wives*, in *Los Angeles Times*, Oct. 14, 1991, http://articles.latimes.com/191-10-14/news/mn-436_1_stanford-professor; M.A. Shields, *Validity of Bigamy and Polygamy Statutes and Constitutional Provisions*, 22 A.L.R.6th 1 (2007).

99 See H. Brewer, *By Birth or Consent: Children, Law, and the Anglo-American Revolution in Authority*, UNC Press, 2005, 288-337.

suspect class, and that any laws disadvantaging them would be subjected to heightened scrutiny. The Supreme Court has never ruled on what level of scrutiny is appropriate when a law classifies individuals based on sexual orientation, though such classifications share many of the characteristics that are present in other areas where heightened scrutiny is applied. For instance, sexual orientation is arguably an immutable characteristic, one that cannot be changed, similar to gender and race. There is an indisputably extensive history of discrimination against gays and lesbians, having been routinely targeted by the police, demonized, fired from employment, excluded from serving the country through military service, arrested for their private consensual conduct, harassed without opportunity for recourse in the workplace, prohibited by decency standards from being depicted in Hollywood movies, barred from government service, and stripped time and time again of their fundamental rights by popular vote. Gays and lesbians have relatively little political power, as demonstrated by the fact that no group has ever been successfully targeted by ballot initiatives more than gays and lesbians and by the fact that, in recent decades, hate crimes have been most frequently committed against gays and lesbians. Finally, the laws discriminating against this class are, more often than not, based on prejudice, broad stereotypes, and animus¹⁰⁰.

The implications of the Supreme Court utilizing this rationale would be far-reaching and influential for many aspects of life for gays and lesbians, not exclusively in the realm of marriage. If laws discriminating on the basis of sexual orientation became subject to heightened scrutiny, there would be challenges across the country to laws discriminating against gays and lesbians in employment, housing, public accommodations, adoption, and other important areas of everyday life that currently lack protection.

By not utilizing the Equal Protection clause and elevating sexual minorities to a suspect class status, or even quasi-suspect class status as the Court has done in the case of gender-based laws, the Court certainly did not swing wide the door to a stampede of civil rights litigation. But the Court also did not slam the door shut. Justice Kennedy acknowledged that there are equal protection implications behind the same-sex marriage bans, when he explained:

It is now clear that the challenged laws burden the liberty of same-sex couples, and it must be further acknowledged that they abridge central precepts of equality. Here the marriage laws enforced by the respondents are in essence unequal: same-sex couples are denied all the benefits afforded to opposite-sex couples and are barred from exercising a fundamental right. Especially against a long history of disapproval of their relationships, this denial to same-sex couples of the right to marry works a grave and continuing harm. The imposition of this disability on gays and lesbians serves to disrespect and subordinate them. And the Equal Protection Clause, like the Due Process Clause, prohibits this unjustified infringement of the fundamental right to marry¹⁰¹.

What Justice Kennedy did not say was that gays and lesbians are entitled to suspect class status for all purposes under the equal protection guarantee. Instead, he referenced the complex hybrid due process/equal protection cases where laws disadvantaging a non-suspect class in the exercise of a fundamental right are scrutinized by reference to their effect on the class. This modest reference to equal protection does not elevate the status of sexual minorities to a suspect or quasi-suspect class, but it does provide the first acknowledgement by the Court that the guarantees of equal treatment under the law are not met when fundamental rights are infringed for sexual minorities. This means that the door is open to challenges under equal protection against laws that disadvantage sexual minorities in other areas involving important fundamental rights, like speech, voting, political assembly, family decision-making, adoption, medical care, and the like. It does not mean that laws disadvantaging sexual minorities in areas involving non-fundamental rights are likely to be subjected to heightened scrutiny.

Although Judge Vaughn Walker's decision in *Perry v. Schwarzenegger* rested in part on the fact that the marriage ban restricted Perry's choice of her marital partner because of her sexual orientation, *Perry*, 704 F. Supp. 2d at 996, the Supreme Court's reliance on due process, and its very noticeable sidestepping of the issue of suspect class status for gays and lesbians, speaks loudly that the Court is not ready to declare that sexual minorities are a suspect class deserving of heightened scrutiny.

But an alternative equal protection path may be possible: sex discrimination. In 1976, the Court determined that intermediate scrutiny was the appropriate level of review for classifications based on gender, stating that classifications between men and women must serve important governmental objectives

100 *Romer*, 517 U.S. at 644 (stating that the animus behind the Colorado ballot initiative was a moral disapproval of homosexual conduct, the same sort of animus and disapproval that produced the centuries-old criminal law that was held constitutional in *Bowers*).

101 *Obergefell* at 22, citing *Zablocki*, 434 U.S. at 383–388; *Skinner*, 316 U.S., at 541.

and must be substantially related to those objectives¹⁰². To the extent there is already a well-developed jurisprudence on sex discrimination, and laws disadvantaging men or women are subject to intermediate level scrutiny, many cases involving gays and lesbians might fit within that rubric.

For instance, in *Perry v. Schwarzenegger* Proposition 8 was invalidated based, in part, on the fact that Perry, a female plaintiff, was prohibited from marrying her partner based solely on the sex of her partner¹⁰³. However, a male would not be similarly prohibited from marrying a female partner, under Proposition 8. And other civil rights cases have been brought using sex discrimination rather than sexual orientation discrimination¹⁰⁴. Although many advocates feel that subsuming sexual orientation into sex discrimination erases the important unique aspects of discrimination against gays and lesbians, *Obergefell* does not foreclose a continuing reliance on these cases.

The problem of using sex discrimination rather than sexual orientation discrimination, however, is that the focus shifts from the individual being discriminated against to the persons to whom that individual is attracted. Thus, when employment criteria are stricken because they disadvantage women in the workplace, the focus is on the women being discriminated against because of their sex, and the stereotypes surrounding the gender characteristics of women. But striking down laws that disadvantage sexual minorities is not done because of their own characteristics as gays and lesbians, but because of their attraction to or involvement with other persons who happen to be of the same sex. This means that sex discrimination won't always provide a good fit for many of the myriad ways in which sexual minorities are discriminated against, as with their gender expression, which is not related to their sexual attractions.

But that is not to say that sex discrimination won't sometimes prove effective as a way to challenge laws that disadvantage sexual minorities. Until the latter are recognized as entitled to suspect class, or quasi-suspect class status, this may be the best they can do under a pure equal protection jurisprudence.

6.3. Dignitary Harms

If any message comes out of Justice Kennedy's inspirational rhetoric, it is that gays and lesbians have suffered severe dignitary harms by the rampant homophobia that has criminalized their relationships and denigrated their contributions to society¹⁰⁵. Kennedy's eloquence on this subject has the potential to change the debate over gay rights. From Anita Bryant's Save Our Children Campaign, that used slogans and rhetoric of disgust and fear, to the animus expressed in the Colorado amendment campaign and the Prop 8 campaigns analyzed in *Romer v. Evans* and *Perry v. Schwarzenegger*, the Court has clearly spoken that moral opprobrium cannot extend to the restriction of civil rights¹⁰⁶. People who find homosexuality morally offensive do not have to invite gays and lesbians into their homes, do not have to marry them, and may speak out often and strongly against their relationships. But they cannot use the power of the state to deny them their civil rights. This aspect of the decision in *Obergefell*, the most powerful yet of

102 *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190, 197.

103 704 F. Supp. 2d 921, 996.

104 See, e.g., *Goodridge v. Department of Public Health*, 440 Mass. 309, 344 (2003), *Brause v. Bureau of Vital Statistics*, 1998 WL 88743 (Alaska Super. Ct. 1998), *Baehr v. Lewin*, 852 P. 2d 44, 68 (Haw. 1993). *Oncale v. Sundowner Offshore Services*, 523 U.S. 75 (1998), *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228 (1989), *Glenn v. Brumby*, 663 F.3d 1312 (11th Cir. 2011), *Latta v. Otter*, 771 F.3d 456 (9th Cir. 2014).

105 For instance, one of the most commonly professed rationales for banning same-sex marriage is the "protect the children" argument, namely that same-sex marriage is harmful to children and that children are better raised by opposite-sex parents. This purported concern is belied by the fact that the same states refusing same-sex couples to marry are simultaneously allowing these very same couples to adopt, to have and raise children naturally, and to use in vitro fertilization to become pregnant. Additionally, evidence overwhelmingly demonstrates that same-sex parents and opposite-sex parents are of equal quality. *Perry*, 704 F. Supp. 2d at 999. The American Psychological Association's (APA) policy statement reads: "There is no scientific basis for concluding that lesbian mothers and gay fathers are unfit parents on the basis of their sexual orientation. On the contrary, results of research suggest that lesbian and gay parents are as likely as heterosexual parents to provide supportive, healthy environments for their children". Paige, R. U. (2005). Proceedings of the American Psychological Association, Incorporated, for the legislative year 2004. (To be published in Volume 60, Issue Number 5 of the American Psychologist.)

106 For more information on the works of A. Bryant, see Fla. B. News 2, *Gay Adoption*, Vol. 36. No. 17 (2009); A. Niedwiecki, *Save Our Children: Overcoming the Narrative that Gays and Lesbians are Harmful to Children*, 21 in *Duke Journal of Gender Law & Policy* 125 (2013). *Romer*, 517 S.Ct. at 644 (stating that the animus behind the passage of the Colorado amendment was moral disapproval of homosexuality, which is both un-American and lacking of a rational relationship to a legitimate state interest); *Perry v. Schwarzenegger*, 704 F.Supp. at 931 (discussing Proposition 8's passage as a result of the campaign that asserted the moral superiority of opposite-sex couples).

Justice Kennedy's assertions of the unconstitutionality of the dignitary harms faced by sexual minorities, may be the most important legacy of the battle over marriage equality. For as same-sex couples now move into the mainstream in their relationships as spouses and parents, other laws based on animus and moral disgust that cause such deep dignitary harms may be on the chopping block.

The dissenters in *Obergefell* fear that one of many devastating consequences of the majority's opinion is that all who oppose same-sex marriage will be vilified and labeled as bigots. Justice Alito goes so far as to say that the comparison of traditional marriage laws to those that denied the equal treatment of African Americans and women will be "exploited" by advocates of gay and lesbian equality to "stamp out every vestige of dissent"¹⁰⁷. This, in the dissent's view, degrades our system of federalism, which was established through our Constitution as a means of allowing individuals of differing beliefs to co-exist peacefully. Chief Justice Roberts opined that the most discouraging aspect of the majority decision is the assault on the character of the people who reaffirmed their states' traditional definition of marriage¹⁰⁸.

The dissent elides dissent and discrimination, however. Of course it wasn't all that long ago when it was permissible to discriminate against racial minorities, Jews, Italians, women, and the mentally disabled, and there were common terms used to describe these groups that were both hateful and belittling. Many of those terms have passed out of common usage precisely because their use perpetuated the legal and social discrimination that these groups faced. The decision in *Obergefell* does not prohibit a civilized discussion about differences and legal rights; but it does and it should prohibit intolerance and close-mindedness, just as the granting of civil rights to other minorities eventually stamped their opponents as bigots. Moreover, the Court has

long recognized that moral justification is an insufficient basis for discriminatory laws under the 14th Amendment. No one is forcing dissenters to have an abortion, to marry a same-sex partner, attend a particular church, or to play the lottery. The Court has merely said that those who choose not to conform cannot be discriminated against in the granting of basic civil rights by a secular state.

7. Conclusion

While the road has not been short, or bereft of obstacles, the battle for marriage equality has been won in a remarkably short time. Considering 1969 and the Stonewall Riots as the beginning of the gay rights movement, it has taken less than fifty years for the American public to approve of same-sex marriage by a historic 63%¹⁰⁹, and tolerance for homosexual relationships has led to numerous out gay and lesbian politicians and judges. We don't have a gay or lesbian president yet, so we are certainly not in a post-sexual world; nor are we in a post-racial world despite having elected an African-American to that office. But the Supreme Court's willingness to expand the important family-related constitutional rights to cover sexual minorities is an historic shift in the jurisprudence of civil rights.

In all of this, however, we cannot entirely distance ourselves from our past, a past in which racial and gender discrimination was entrenched not only in our laws but in our constitution as well. As one historian of the marriage equality debate noted:

For nearly a hundred years, in a country founded upon the immortal declaration that 'all men are created equal,' slavery was legal in parts of the United States. Until the 1920's, women were denied the right to vote. During World War II, Japanese Americans were rounded up and imprisoned in internment camps. Jim Crow laws relegated African Americans to a second-class citizenship into the 1960's. But America is also a country that corrects course, edging, in fits and starts, but inexorably, toward inclusion¹¹⁰.

The founders of this nation and of the Constitution knew that, to endure and to preserve the ideals of life, liberty, and the pursuit of happiness, America must continuously change and evolve; each generation of Americans must define what it means to be American¹¹¹. Many of the arguments made across the country by opponents of same-sex marriage in state and federal courts were based on theories of history and tradition, namely that the Constitution does not protect nor permit same-sex marriage be-

107 *Obergefell*, 135 S.Ct. at 2642 (Alito, J., dissenting).

108 *Id.* at 2626. (Roberts, J., dissenting).

109 See CNN/ORC Poll: Supreme Court Decisions, www.CNN.com/2015.

110 *Forcing the Spring: Inside the Fight for Marriage Equality* at Loc 513.

111 *Id.*

cause it never has done so in the past. Lest these individuals forget, at one time in this nation's history, the constitution expressly prescribed and protected slavery.¹¹² The Framers of the constitution on which these opponents rely did not anticipate marriage equality, nor did they anticipate racial equality, as many of the Framers themselves owned slaves. But as the march for equal rights for sexual minorities follows in the footsteps of the march for equal rights for racial minorities, the real question is whether the United States is ready to truly embrace the legacy of the Fourteenth Amendment's equal protection guarantee for all people. We believe that Justice Kennedy's path-breaking decision in *Obergefell* is one important step down that road.

112 See Article I § 2, Article I § 9, Article V, Article VI § 2.

Nicola Giovanni Cezzi*

I dissensi nel caso *Obergefell*

«[T]he man of Massachusetts could work any constitution»
W. Bagehot, *The English Constitution*

Sommario:

1. Premessa – 2. Delle argomentazioni *patetiche* – 2.1. *Ma chi ci crediamo di essere?* – 2.2. *Libertà come locomozione* – 3. Un'opinione immaginaria – 4. Osservazioni finali

Abstract

L'elaborato vuole essere un approfondimento delle *dissenting opinions* nel caso *Obergefell v. Hodges*. Individualmente formulati dai giudici Roberts, Scalia, Thomas e Alito, i dissensi affondano le critiche con lo strumentario ormai classico della letteratura giurisprudenziale statunitense (denuncia di attivismo giudiziario, di abuso dell'accezione sostantivata del giusto processo, di ingerenza nei dibattiti politici, violazione dei principi del federalismo, etc.), assemblato, tuttavia, con tale carica polemica da rendere ardua la costruzione sistematica del punto di diritto fatto valere. Questa riflessione ha dovuto dunque dare conto prima di tutta dello straordinario uso dell'argomentazione 'patetica' in cui si esercitano i dissenzienti, culminante — tra l'altro — nell'affermazione secondo cui "la sentenza non ha niente a che fare con la Costituzione" (Roberts). Si procede quindi ad affrontare uno degli aspetti più problematici della sentenza della maggioranza, ovvero il mancato superamento dell'equivoco dualismo tra ragionamenti in termini di libertà e ragionamenti in termini di eguaglianza. L'impressione conclusiva è determinata dalla difficile misurabilità del contributo delle opinioni dissenzienti al dibattito culturale non certamente chiuso dalla sentenza in questione — per quanto questa esprima sicuramente un cambiamento di paradigma: come se il risultato ricercato dai quattro giudici fosse principalmente la prospettazione e l'alimentazione della resistenza al verdetto della Corte Suprema.

The paper aims at focusing on the dissenting opinions in Obergefell v. Hodges. The dissents, individually formulated by Justice Roberts, Justice Scalia, Justice Thomas and Justice Alito, shape the criticisms with the classic instruments of the American jurisprudential literature (complaint of judicial activism, abuse of the substantive due process doctrine, interference in political debates, violation of the principles of federalism, etc.), held together, however, with such a polemical strength that makes it difficult to systematically construct the legal analysis of the issues at stakes. This study had therefore to consider first of all the extraordinary use of the 'pathetic' argument featured by the dissenters, highlighted — inter alia — by the statement that this case "has nothing to do with the Constitution" (Roberts). The paper then try to address one of the most problematic aspects of the verdict of the majority: the failure to overcome the equivocal dualism of the reasoning in terms of freedom and the reasoning in terms of equality — a point on which the dissenting judges do not feel to analyze deeply. The final impression is given by the difficulty to seize the contribution of the dissenting opinions to a cultural debate certainly not closed by the holding of the Court — a holding which is surely expression of a paradigm shift: as if the main result sought by the dissenters is merely to prospect and arm the backlash effect.

* Dottorando in Diritto Pubblico, Università La Sapienza di Roma. Il contributo viene pubblicato in seguito a *referee* a doppio cieco.

1. Premessa

La Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, nel caso *Obergefell v. Hodges*¹, ha statuito quanto segue: a) la Costituzione impone che tutti gli stati permettano il matrimonio tra persone dello stesso sesso; b) uno stato non può non riconoscere un matrimonio legalmente contratto in altro stato tra persone dello stesso sesso per il solo carattere omosessuale dell'unione.

La Corte basa queste dichiarazioni sviluppando due proposizioni: i) il diritto al matrimonio è un diritto fondamentale in virtù della clausola sul Due Process²; ii) il diritto al matrimonio è un diritto fondamentale inerente alla libertà della persona, e in virtù delle clausole su *Due Process* e *Equal Protection* le coppie dello stesso sesso «non possono essere private di questo diritto e di questa libertà»³.

Nonostante le non poche criticità cui l'argomentazione della maggioranza della Corte Suprema porge il fianco, le quattro note dissenzienti — individualmente redatte dai giudici Roberts, Alito, Scalia, Thomas — difficilmente riescono a coglierle o, una volta colte, ad approfondirle in termini precisamente giuridici. Ciò può sorprendere, visto lo zelo che viene profuso nel redigere le circa cento mila parole di dissenso (contro appena la metà, circa cinquanta mila parole impiegate nella sentenza redatta dal giudice Kennedy). Può quasi sembrare che alla apparente semplicità della retorica impiegata della maggioranza — tra tutte, le dubbie ricostruzioni storiche (e in generale l'uso dell'argomento storico), la disattenzione verso le dinamiche federalistiche (ciò che pone la sentenza in disarmonia con il precedente *Windsor*) e la (con)fusione tra ragionamenti di libertà e ragionamenti di eguaglianza —, non corrisponda da parte dei giudici dissenzienti un richiamo alla complessità dei nuovi significati costituzionali in questione e una riflessione sull'enormità e sulla rapidità dei cambiamenti sociali sottostanti questa svolta storica.

In verità la Corte dissenziente alza un muro, utilizzando il materiale ormai 'classico' della narrativa giurisprudenziale statunitense: *judicial activism*, uso e consumo del *substantive due process*, ingerenza nei dibattiti politici, legittimazione democratica della Corte, violazioni varie dei principi del federalismo, etc. Un materiale comune tanto alle componenti *liberal* quanto a quelle conservatrici⁴. Ma è un muro tenuto insieme da un collante argomentativo connotato da grandiosi sforzi enfatici⁵, anch'essi 'tipici' di questa tradizione retorica, ma in questo caso tali da rendere molto ardua l'individuazione e l'analisi delle tesi più genuinamente giuridiche.

- 1 *Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, 576 U. S. __ (2015): d'ora in avanti solo *Obergefell* in questa Rivista p. 343. Per un quadro del diritto comparato in tema di riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso si può consultare il dossier di R. Ibrido, A. Romano, A. Schillaci, *Same sex marriage e riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso: materiali di diritto comparato*, in Osservatorio AIC, www.osservatorioaic.it, 2013.
- 2 *Obergefell*, III, p. 11: «Over time and in other contexts, the Court has reiterated that the right to marry is fundamental under the Due Process Clause».
- 3 *Obergefell*, III, p. 22: «[T]he right to marry is a fundamental right inherent in the liberty of the person, and under the Due Process and Equal Protection Clauses of the Fourteenth Amendment couples of the same-sex may not be deprived of that right and that liberty».
- 4 Sul punto si veda G. R. Stone, *The Supreme Court in the 21st Century*, in *Daedalus*, 142 n. 2, 2013, p. 42.
- 5 Si può esordire con il più emotivo dei dissensi, quello del giudice Scalia, di per sé un formidabile retore. Tacciando la sentenza della Corte di essere «pretenziosa», «egoista», piena di «hybris» e farcita di «mistici aforismi da biscotti della fortuna», Scalia attacca le contraddizioni della Corte in un dileggio sistematico dei termini impiegati: «“The nature of marriage is that, through its enduring bond, two persons together can find other freedoms, such as expression, intimacy, and spirituality.” (Really? Who ever thought that intimacy and spirituality [whatever that means] were freedoms? And if intimacy is, one would think Freedom of Intimacy is abridged rather than expanded by marriage. Ask the nearest hippie. Expression, sure enough, is a freedom, but anyone in a long-lasting marriage will attest that that happy state constricts, rather than expands, what one can prudently say.) Rights, we are told, can “rise [...] from a better informed understanding of how constitutional imperatives define a liberty that remains urgent in our own era.” (Huh? How can a better informed understanding of how constitutional imperatives [whatever that means] define [whatever that means] an urgent liberty [never mind], give birth to a right?) And we are told that, “[i]n any particular case,” either the Equal Protection or Due Process Clause “may be thought to capture the essence of [a] right in a more accurate and comprehensive way,” than the other, “even as the two Clauses may converge in the identification and definition of the right.” (What say? What possible “essence” does substantive due process “capture” in an “accurate and comprehensive way”? It stands for nothing whatever, except those freedoms and entitlements that this Court *really* likes. And the Equal Protection Clause, as employed today, identifies nothing except a difference in treatment that this Court *really* dislikes. Hardly a distillation of essence [...]). I could go on. The world does not expect logic and precision in poetry or inspirational pop-philosophy; it demands them in the law» (*dissenting opinion* del giudice Scalia, II, p. 8-9).

Questa riflessione sulle opinioni dissenzienti si svilupperà quindi su due punti: l'estrapolazione, dalla pletera delle argomentazioni *patetiche*, dei punti di diritto che con esse si vorrebbero sostenere e la mancata costruzione critica dell'uso che la Corte fa della clausola sulla *Equal Protection*.

2. Delle argomentazioni *patetiche*

Il ricorso alla comunicazione *patetica*, secondo alcuni⁶, dovrebbe rappresentare uno strumento di supporto alla persuasività dell'argomentazione che si vuol sostenere. Affinare le tecniche dialogiche nel diritto costituzionale è fondamentale, soprattutto per un ordinamento in cui la comunità giuridica ritiene la fonte giurisprudenziale «artefice e garante di una tradizione giuridica radicata nella società»⁷ e posta al di fuori dell'autorità costituita per legge: in primo luogo, infatti, «la legittimazione del diritto costituzionale dipende in buona misura dalla condivisione popolare»⁸; in secondo luogo, la *constitutional adjudication* avvicina le forme della produzione normativa⁹ e in quanto tale è opportuno che consideri anche le dinamiche emotive che si intersecano nella formazione delle moralità pubbliche. La letteratura giurisprudenziale costituzionale, quindi, ricorre agli strumenti di persuasione comuni alle altre forme di linguaggio comune¹⁰: logos (ricorso alla logica), ethos (ricorso alle qualità di chi parla/scrive) e pathos (ricorso alle emozioni di chi sente/legge). Si tratta quindi di forme di persuasione, da tenere distinte da — perché a servizio de — le tecniche interpretative adoperate dal giudice¹¹: il pathos, in altri termini, «non è un argomento di diritto costituzionale, né può essere fonte di autorità». Ancora più chiaramente: «Il pathos è descrivibile come una caratteristica della conversazione costituzionale, un mezzo più che un fine. Si ricorre al pathos non per offrire informazioni riguardo il contenuto sostanziale dell'argomento ma perché aiuta a sostenere quell'argomento». L'argomentazione di questo tipo, quindi «è un modo di persuasione riguardo la sostanza e la valenza di una particolare proposizione»¹².

Il ricorso al pathos è particolarmente efficace, seguendo questa impostazione¹³, soprattutto nella redazione delle opinioni particolari dei giudici, in quanto una nota che non pretende di rappresentare il pensiero di tutta una corte principalmente reclama una riforma del diritto da questa scaturito, si rivolge specificamente ai membri della corte oppure agli organi politici, e in particolare enfatizza dimensioni

- 6 J. Greene, *Pathetic Argument in Constitutional Law*, in *Columbia Law Review*, 113 n.6 (2013), p. 1394-95, 1446-47, 1451-59. Secondo Greene, lo stesso giudice Kennedy — autore della sentenza *Obergefell* — è un esperto manovratore di argomentazioni *patetiche*, come testimonia l'esempio del suo dissenso in *Senberg v. Carhart* 530 U.S. 914, 958-59 (2000), quando descrive il c.d. *partial birth abortion*: «The fetus, in many cases, dies just as a human adult or child would: It bleeds to death as it is torn limb from limb». La descrizione di questo processo fornita da Kennedy, prosegue l'autore, «designed deliberately to disgust and to shame the audience, masquerades as a cold recitation of facts but is integral to the dissent's rhetorical mission» (p. 1394).
- 7 P. Ridola, *Profilo storico del costituzionalismo moderno*, ora in *Id*, *Diritto Comparato e diritto pubblico costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 19.
- 8 J. Greene, *ivi*, p. 1395: «Constitutional law depends on a substantial measure of popular acceptance for its legitimacy».
- 9 H.P. Monaghan, *On Avoiding Avoidance, Agenda Control, and Related Matters*, in *Columbia Law Review*, 112 (2012) p. 683-85: «While still frequently engaged in what we could regard as little more than ordinary dispute resolution, the Supreme Court's law declaration function has long since assumed overriding importance».
- 10 Sul dibattito statunitense circa le specificità del linguaggio nel costituzionale, tra visioni pragmatiste e visioni più 'dottrinarie', si veda E. Rubin, M. Feeley, *Creating Legal Doctrine*, in *Southern California Law Review*, 69, (1996). La posizione dell'autore tramite le cui tesi si sta proponendo una lettura dell'argomento *patetico*, si può evincere dalla seguente frase: «[J]udge-made constitutional law [can be understood] as a practice both of explication and of convincing, and one whose audience extends from the judge's colleagues on the bench all the way out, at times, to the area man» (J. Greene, *Pathetic Argument* cit., p. 1471).
- 11 P. Bobbitt ne identifica sei tipologie: «historical, textual, doctrinal, prudential, structural, ethical» (*Constitutional Interpretation*, Oxford, Blackwell, 1991, p. 11-22).
- 12 J. Greene, *ivi*, p. 1421-22, il quale prosegue: «Some outcome must be thus because deep down in your heart you know thus to be true».
- 13 J. Greene, *ivi*, p. 1460: «A certain kind of formalism (some would say "sophistry" or "legalistic argle-bargle") has survived both legal realism and critical legal studies; its resilience may reflect popular preference as much as inertia, and so pathetic argument may simply be less persuasive when an opinion purports to declare the law. But there are also sound theoretical reasons for giving greater latitude to concurrences and dissents». E ancora, a p. 1468: «Particularly when used in dissents or concurrences, pathetic argument is a vehicle for incorporating marginalized *nomoi* into the constitutional conversation».

del problema di cui si discute, negate o solo sfiorate dalla maggioranza della corte. Parafrasando un noto 'dissenziante' della Corte Suprema statunitense, «una frase patetica vale un intero volume di logica»¹⁴.

Nelle opinioni redatte dai giudici Roberts, Scalia e Alito lo zelo retorico, seppur — come detto — diffuso in questa letteratura giurisprudenziale, è difficilmente giustificabile alla luce dei limiti di tollerabilità dell'elemento emotivo succintamente descritti. La costruzione *patetica* di questi dissensi sovrasta di gran lunga l'intreccio argomentativo su cui si vorrebbero basare, facendo perdere di vista il punto di diritto in essi fatto valere. I giudici sembrano anzi invertire i termini della costruzione del discorso, facendo delle emozioni un 'argomento' e rendendole quindi fonti di autorità costituzionale: il pathos da mezzo diviene il fine.

2.1 Ma chi ci crediamo di essere?¹⁵

Secondo il giudice Roberts — ma il punto è condiviso e trattato ampiamente anche da Scalia e Alito — la decisione della maggioranza della Corte è un atto di volontà, non un pronunciamento giudiziale¹⁶, poiché mette fine al dibattito in corso nella società circa la legittimità dei matrimoni tra persone dello stesso sesso, interrompendo il circuito di crescita culturale che un sano sistema democratico dovrebbe esser in grado di mettere in moto autonomamente: «Decidendo la questione *in virtù* della Costituzione, la Corte la rimuove dall'ambito delle decisioni democratiche». E, prefigurando scenari oscuri, avverte: «Chiudere un dibattito porta a chiudere le menti»¹⁷.

Alla presunzione della maggioranza Roberts vorrebbe contrapporre una visione più morigerata del ruolo che ricopre nell'architettura istituzionale¹⁸, in linea con i principi espressi durante le sue *confirmation hearings* e sui quali avrebbe informato il suo mandato: i giudici dovrebbero essere come gli arbitri di una gara sportiva, rispettosi della fonte democratica delle regole del gioco: «Gli arbitri non fanno le regole, le applicano soltanto. Il compito di un arbitro e di un giudice è critico. Entrambi assicurano che si giochi secondo le regole, ma hanno un ruolo limitato. Nessuno va allo stadio per vedere l'arbitro»¹⁹.

14 «[A] pathetic phrase is worth a volume of logic». La parafrasi è di J. Greene (*ivi*, p. 1469) e si riferisce alla famosa massima — «a page of history is worth a volume of logic» — scritta dal giudice Holmes nel caso *New York Trust Co. v. Eisner* 256 U.S. 345 (1921). Può destare particolare attenzione la sostituzione effettuata da Greene del concetto di «storia» con quello di «pathos», quasi sintomatica del rapporto estremamente problematico che la letteratura costituzionale americana ha con il passato costituzionale e le sue letture.

15 *Dissenting opinion* del giudice Roberts, p. 3: «[T]he Court invalidates the marriage laws of more than half the States and orders the transformation of a social institution that has formed the basis of human society for millennia, for the Kalahari Bushmen and the Han Chinese, the Carthaginians and the Aztecs. Just who do we think we are?».

16 *Ibidem*: «The majority's decision is an act of will, not legal judgment».

17 *Dissenting opinion* del giudice Roberts, IV, p. 26-27: «[B]y deciding this question *under the Constitution*, the Court removes it from the realm of democratic decision. There will be consequences to shutting down the political process on an issue of such profound public significance. Closing debate tends to close minds» (corsivi aggiunti).

18 «[A] much different view of the Court's role is possible. That view is *more modest and restrained*. It is *more skeptical* that the legal abilities of judges also reflect insight into moral and philosophical issues. It is *more sensitive* to the fact that judges are unelected and unaccountable, and that the legitimacy of their power depends on confining it to the exercise of legal judgment. It is *more attuned* to the lessons of history, and what it has meant for the country and Court when Justices have exceeded their proper bounds. And it is *less pretentious* than to suppose that while people around the world have viewed an institution in a particular way for thousands of years, the present generation and the present Court are the ones chosen to burst the bonds of that history and tradition». *Dissenting opinion* del giudice Roberts, IV, p. 29 (corsivi aggiunti).

19 *Hearings on the Nomination of John G. Roberts to be Chief Justice of the Supreme Court of the United States Before the Committee on the Judiciary*, 109th Cong., 1st Sess. 56 (2005) (testimony of John G. Roberts): «Umpire don't make the rules, they apply them. The role of an umpire and a judge is critical. They make sure everybody plays by the rules, but it is a limited role. Nobody ever went to a ballgame to see the umpire». Per quanto coerente con questa linea di principio possa presentarsi, non si può non ricordare che il giudice Roberts ha presieduto una Corte che si è dimostrata più volte incline a scardinare precedenti fondativi del diritto costituzionale statunitense: si pensi a casi come *Columbia v. Heller* (2008) che ha sconvolto il significato del II Emendamento sull'uso delle armi; *Citizens United v. Federal Election Commission* (2010) che ha aperto un nuovo corso nell'ambito dei finanziamenti delle campagne elettorali; e soprattutto *Shelby County v. Holder* (2013) che ha svuotato il cuore operativo del Voting Rights Act del 1965 e a proposito del quale si può segnalare il commento di B. Ackerman (*We The People. III. The Civil Rights Revolution*, Cambridge-London, Belknap Press of Harvard University, 2014, p. 330-331) secondo il quale il giudice Roberts ha dimostrato come l'uso di un «canone corte-centrico» possa distruggere una «eredità costituzionale»: Roberts infatti insiste, e a ragione, sul fatto che lo scrutinio preventivo su ogni modifica del sistema elettorale statale ha trasformato la nozione convenzionale di federalismo. Ma, si chiede Ackerman, questa rottura col passato (convenzionale) rappresenta forse una violazione della Costituzione? Il giudice Roberts non ha basato la sua decisione su testi dei Padri dalla Costituzione americana, sul suo significato originario — e, ancora una volta a ragione, giacché essi notoriamente rifiutarono

Roberts critica l'attivismo giudiziale della maggioranza della Corte, ricorrendo a un linguaggio emotivo che insinua nel lettore due suggestioni: a) la sentenza del caso *Obergefell* non è 'buon diritto'; b) la sentenza del caso *Obergefell* non è 'affatto diritto'.

A) La prima suggestione è ottenuta rievocando lo spettro del caso *Dred Scott*²⁰, che ha inaugurato l'accezione sostanziale della clausola del *Due Process* (sussisterebbe una componente sostanziale di certe libertà fondamentali che non può essere inficiata da alcun tipo di procedura pur disposta a norma di legge), nel cui sciagurato filone si inserirebbe la sentenza del caso in questione. *Dred Scott* sarebbe stato ripudiato solo sul campo di battaglia della Guerra Civile, ma l'approccio impiegato in quel caso sarebbe stato ripreso all'inizio del Novecento, con l'era *Lochner*²¹, durante la quale oltre duecento sforzi del legislatore vennero invalidati dalla Corte in quanto ritenuti in violazione della libertà individuale: l'era sarebbe terminata solo dopo aver portato, negli anni '30, a una crisi istituzionale tra Corte Suprema da un lato e Congresso e presidenza dall'altro.

Il ricorso a casi «anti-canonici»²² come questi è un comune esempio di tecnica retorica intesa a provocare diffidenza, ostilità e allarme verso la sentenza da cui si dissente.

In questo caso, Roberts ricorre a questi due infamanti precedenti per indicare le uniche fondamenta concettuali della sentenza da cui dissente: «L'approccio seguito dalla maggioranza non ha fondamento nei principi o nella tradizione, tranne che nella tradizione priva di principio della politica fatta dai giudici che ha caratterizzato decisioni screditate come *Lochner*»²³.

Si può notare incidentalmente come il ricorso proprio a *Dred Scott* al fine di minare la sentenza del caso *Obergefell* possa non risultare, sotto certi versi, efficace. Trascurando per il momento il fatto che l'introduzione del XIV Emendamento, sulle cui clausole del *Due Process* e dell'*Equal Protection* l'opinione della maggioranza della Corte si basa, è spesso letta proprio come cosciente risposta alla sentenza del caso *Dred Scott* e alla guerra che seguì, il giudice Roberts sembra creare una involontaria argomentazione a sostegno dell'opinione della maggioranza nel punto in cui questa argomenta il carattere fondamentale del diritto al matrimonio²⁴. Come notò il giudice Curtis, uno dei due dissenzienti in quel caso, non solo il transito del signor *Dred Scott* in uno territorio 'libero' avrebbe messo fine alla schiavitù di quell'uomo, ma anche il solo fatto che in quel territorio due persone avessero potuto contrarre matrimonio liberava automaticamente la coppia dallo stato di schiavitù: non vi era anzi rimedio più effettivo per liberare uno schiavo che consentirgli di contrarre matrimonio sotto le leggi di uno stato in cui non vigeva la schiavitù, con i diritti e i doveri che da questa condizione sarebbero derivati²⁵. Può sussistere

di trattare tutti gli stati in modo equo. Basandosi solo su un pugno di decisioni giudiziarie — prosegue l'autore — Roberts ha completamente mancato di confrontarsi con il fatto che *We the People* ha ripetutamente e autoritativamente repudiato l'applicazione del suo supposto principio alla sfera del diritto di voto: il mancato riferimento alla Section 2 del XIV Emendamento, infatti, rende drammatica la sua «hybris giudiziale» nell'imporre un principio di 'equa sovranità statale' quando questo è stato esplicitamente rigettato da parte del XIV Emendamento. Il giudice Roberts, conclude Ackerman, apre così la strada che può portare a «cancellare la Seconda Ricostruzione».

20 *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857).

21 *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

22 J. Greene definisce «anticanon» quell'insieme di «examples of how not to adjudicate constitutional cases» (*The Anticanon*, in *Harvard Law Review*, 125, 2011, p. 386).

23 *Dissenting opinion* del giudice Roberts, p. 10: «[T]he majority's approach has no basis in principle or tradition, except for the unprincipled tradition of judicial policymaking that characterized discredited decisions such as *Lochner* [...]». E ancora, a p. 19 della sua nota: «Ultimately, only one precedent offers any support for the majority's methodology: *Lochner* [...]».

24 In particolare nel quarto punto formulato dalla Corte a sostegno della sua tesi: «This Court's cases and the Nation's traditions make clear that marriage is a keystone of our social order. [...] There is no difference between same- and opposite-sex couples with respect to this principle. Yet by virtue of their exclusion from that institution, same-sex couples are denied the constellation of benefits that the States have linked to marriage. This harm results in *more than just material burdens*. Same-sex couples are consigned to an instability many opposite-sex couples would deem intolerable in their own lives. [...]». Di conseguenza, «laws excluding same-sex couples from the marriage right impose *stigma* and *injury* of the kind prohibited by our basic charter» (*Obergefell*, III, p. 16-18, corsivi aggiunti).

25 «If, in Missouri, the plaintiff were held to be a slave, the validity and operation of his contract of marriage must be denied. He can have no legal rights, of course, not those of a husband and father. And the same is true of his wife and children. The denial of his rights is the denial of theirs», *Dissenting opinion* del giudice Curtis in *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857), p. 600.

— si chiede Curtis — una legge in grado di menomare un'unione matrimoniale, negando i diritti della coppia o declassandoli a uno stato inferiore?²⁶

Al centro della disputa, allora come oggi, è l'impossibilità di dare un significato giuridico alle relazioni tra i membri della famiglia: il nesso tra matrimonio e libertà è evidente. Vi sono, è vero, benefici materiali che accompagnano l'unione matrimoniale e l'eguaglianza delle unioni rende questi benefici certi: ma il matrimonio è anche sanzione di stabilità familiare, istituzione centrale della società di uno stato da cui non si può essere esclusi senza imporre uno 'stigma' di inferiorità. È sì uno *status* ma anche una condizione dell'essere umano.

B) La seconda suggestione che il pathos di Roberts vorrebbe produrre, è ottenuta con la redazione del periodo conclusivo della sua opinione, nel quale traccia le conclusioni delle proprie argomentazioni. La Corte si è elevata a organo normativo, superbo verso un dibattito pubblico ancora controverso, privo di qualsiasi legittimità democratica in quanto «non eletto», ignaro delle priorità politiche degli stati rispetto alla federazione, producendo così un esercizio di attivismo giudiziario degno della peggior tradizione giurisprudenziale del *substantive due process*: se avesse seguito la Costituzione, la Corte non avrebbe potuto mai decidere questo caso, per cui quanti si trovano oggi concordi con la sentenza della Corte gioiscano pure per le nuove opportunità che essa dischiude, celebrino i nuovi benefici per le coppie dello stesso sesso, ma «che non si celebri la Costituzione», poiché la Costituzione «non ha niente a che fare»²⁷ con la decisione in questione.

Roberts sembrerebbe così voler privare di 'legittimità costituzionale' la (sentenza della) Corte Suprema: un'uscita di scena così drammatica da renderne arduo un commento, senza almeno provare a formularlo dallo stesso palcoscenico. Difficile risulta, soprattutto, conciliare questa affermazione con quella — citata sopra²⁸ — secondo la quale l'aver deciso la questione in oggetto «in virtù della Costituzione» è equivalso ad averla sottratta al circuito decisionale democratico, per cui il testo costituzionale sembra esprimere a un tempo 'fonte' della non-legittimità della sentenza ma anche argomento di fondazioni anti-democratiche.

La sintesi delle due emozioni è fornita dalla nota redatta dal giudice Scalia, secondo il quale la Corte si sarebbe ingerita nel — mettendo così fine al — dibattito in corso nella società riguardo il matrimonio tra persone dello stesso sesso, per mezzo di una decisione «priva del più minimo taglio giuridico»²⁹.

Non si può qui aprire una coscienziosa riflessione su temi come l'origine e lo sviluppo del *judicial review* statunitense, il ruolo della Corte Suprema (e delle corti) nei processi di crescita culturale del paese, il grado di 'pericolosità' del sindacato da essa prodotta, o l'uso (e l'abuso) della fondazione della nozione di matrimonio *as a matter of constitutional law*: principalmente perché sono i giudici dissenzienti a non cercare un confronto su questi temi, accennando sommariamente a molti di essi, lasciandone impliciti altri, regalando al lettore molte suggestioni, ma privandolo della più semplicistica delle costruzioni di sistema.

Basterà, ai fini di questo commento, tenere presente che quella della Corte Suprema degli Stati Uniti non può considerarsi una 'irruzione' all'interno un dibattito irrisolto, col fine o col risultato di chiuderlo definitivamente: ciò soprattutto in considerazione del fatto che la Corte Suprema non ha il potere di dare esecuzione alle sue decisioni³⁰. Ed è proprio sotto questo punto di vista che gli infuocati dissensi della minoranza della Corte sembrano assumere un primo valore degno di considerazione: al pari di molti esponenti politici all'indomani della sentenza, i quattro giudici dissenzienti guidati da Roberts, seppur senza giungere a invitare esplicitamente a disobbedire alla sentenza, indubbiamente forniscono numerosi elementi che portano il lettore a non considerare vincolante la decisione e che in ogni caso

26 La domanda retorica posta da Curtis è, precisamente, la seguente: «Does any law of the State of Missouri impair the obligation of that contract of marriage, destroy his rights as a husband, bastardize the issue of the marriage, and reduce them to a state of slavery?» *Dissenting opinion* del giudice Curtis in *Dred Scott*, p. 602 (corsivo aggiunto).

27 «[C]elebrate the opportunity for a new expression of commitment to a partner. Celebrate the availability of new benefits. But do not celebrate the Constitution. It had nothing to do with it», *Dissenting opinion* del giudice Roberts, p. 29.

28 Si veda, *supra*, nota 17.

29 *Dissenting opinion* del giudice Scalia, I, p. 4: «[T]he Court ends this debate, in an opinion lacking even a thin veneer of law».

30 È vero che *Marbury v. Madison*, e l'eredità della tradizione giuridica del common law britannico, sanciscono che è la Corte ad avere l'ultima parola sull'interpretazione della Costituzione e che, in virtù dell'Art. VI della stessa, tutti gli ufficiali governativi devono giurare sul rispetto della Costituzione prima di prendere servizio, ma la 'tenuta' di una sentenza costituzionale non può che dipendere dall'accettazione sociale dei principi e dei valori su cui si basa. Come ha sintetizzato il giudice S. Breyer, «history, not legal doctrine, tells us how Americans came to follow the Supreme Court's rulings», nel suo *Making Our Democracy Work. A Judge's View*, New York, First Vintage Books Edition, 2011, p. 22-23.

rappresentato ottime basi per fondare una resistenza³¹. Si considerino, in tal senso, il riferimento del giudice Thomas alla libertà religiosa, «violata» dalla maggioranza della Corte³²; oppure quello fatto dal giudice Alito alla «tradizionale concezione di matrimonio», che la Corte ha ignorato, «diffamando» in questo modo chi non si riconosce nella «nuova ortodossia»³³; o ancora la prospettazione delle realistiche controversie che la sentenza provocherà, prontamente esemplificate da Robert³⁴.

Lo scopo perseguito dai dissenzienti sembra dunque quello di alimentare il c.d. *backlash effect*, con la prefigurazione e la giustificazione delle ripercussioni sociali della sentenza in questione: i giudici dissenzienti si fanno cioè cogliere in un esercizio volto minarne la stabilità, armando una discussione politica già intricata. Non si potrebbe, tuttavia, arrivare a sostenere che abbiano fornito argomenti per prospettare una sovversione della *holding* centrale. Al di là infatti della difficoltà di rimettere in discussione un ragionamento formulato in termini di libertà fondamentali, dalla portata a tratti effettivamente totalizzante (come si avrà modo di spiegare più avanti), fomentare una limitazione delle potenzialità operative della decisione tramite il ricorso alla libertà di coscienza richiederebbe un'attenta riflessione sul godimento dei diritti (per quanto 'nuovo' e controverso sia il loro riconoscimento) che il ricorso alla obiezione negherebbe, interrogandosi su quanto è compatibile l'interversione identitaria del singolo (presupposto dell'appello alla coscienza) con i legami comunitari e con le funzioni pubbliche che egli 'deve' svolgere³⁵: quantomeno per chiarire quella che apparirebbe una grave contraddizione, nell'argomentazione dei dissenzienti, circa la lettura delle dinamiche della rappresentanza, poiché da un lato verrebbero denunciati gli abusi di una corte 'non eletta da nessuno' ma dall'altro si inviterebbe la pluralità delle individuali opzioni di coscienza a condizionare l'esercizio di diritti riconosciuti fondamentali senza passare per il circuito politico che porta a rappresentarle e quindi a farle valere. Si tratta invero di una riflessione su cui la minoranza della Corte non sente il bisogno di intrattenersi.

Che un giudice sancisca che una sentenza della Corte Suprema di cui è Chief Justice «non ha nulla a che vedere con la Costituzione» rimane in ogni caso un gesto di gravità non ancora misurabile³⁶.

Bisognerebbe almeno fermarsi a considerare che i giudici costituzionali danno vita a un soggetto pubblico che non può non essere ritenuto parte attiva nel dibattito culturale dell'ordinamento, una loro 'ingerenza'³⁷ non sarebbe quindi impensabile e sicuramente l'intervento rappresentato da questa sen-

31 Si pensi alle varie forme di ostruzionismo che si possono escogitare tramite l'obiezione di coscienza, anche alla luce della sentenza sul caso *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S. __ (2014) che ha allargato il raggio di validità delle «eccezioni per motivi religiosi» disposte dagli organi legislativi. La cronaca non impiegherà molto tempo a fornire i primi esempi: <http://nyti.ms/1P9wiQW>, <http://nyti.ms/1LXJv1J>, e la reazione del Congresso con la proposta di un "First Amendment Defense Act" (<https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/2802/text>).

32 Sul tema della libertà religiosa si veda, *infra*, nota 55. Il giudice Roberts scrive nella sua *dissenting opinion* (IV, p. 28): «[P]eople of faith can take no comfort in the treatment they receive from the majority today». E ancora: «Perhaps the most discouraging aspect of today's decision is the extent to which the majority feels compelled to sully those on the other side of the debate».

33 *Dissenting opinion* del giudice Alito (III, p. 6): «The decision [...] will be used to vilify Americans who are unwilling to assent to the new orthodoxy».

34 *Dissenting opinion* del giudice Roberts (IV, p. 28): «Hard questions arise when people of faith exercise religion in ways that may be seen to conflict with the new right to same-sex marriage — when, for example, a religious college provides married student housing only to opposite-sex married couples, or a religious adoption agency declines to place children with same-sex married couples. [...] There is little doubt that these and similar questions will soon be before this Court».

35 Sul tema aiuta a riflettere A. Ratti, "Organizzazioni di tendenza" versus tutela del singolo sul luogo di lavoro al vaglio della Corte suprema statunitense, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2013, vol.1, p. 234.

36 Il giudice S. Breyer, che vota il lavoro sopra citato (*Making Our Democracy Work*) principalmente a spiegare l'importanza della comprensione e della condivisione delle decisioni della Corte Suprema, formula una riflessione la cui lettura fa quasi sorgere il dubbio che il giudice Roberts, nel chiedere ai suoi colleghi della maggioranza 'chi si credono di essere?' non possa — rivolgendo la domanda a se stesso — interrogarsi almeno sulla sua responsabilità di *statesman*. Il periodo del lavoro di Breyer cui ci si riferisce è il seguente: «[T]he public's trust cannot be taken for granted. Public trust does not follow automatically from the existence of a written constitution. It must be built, and once built, it must be maintained. To maintain the necessary public confidence in the Court's decisions, each new generation has certain obligations. It must learn how our constitutional government works, become aware of its history, be encouraged to participate in the democratic process, and observe the preceding generation as it builds on those public customs» (p. 71-72).

37 Ammesso pure che il sindacato di costituzionalità collochi la Corte in una posizione 'contraria alla maggioranza' della popolazione rappresentata negli organi legislativi (ma questa semplificazione è ormai equivoca e superabile) questa posizione non porrebbe 'difficoltà' quando la Corte è chiamata a «affermare un principio, un valore con cui tale maggioranza può non sentirsi in sintonia, ma che nella valutazione ampia profonda, meditata dei giudici è lo spirito più profondo e perdurante della nazione, ossia quei valori che in qualsiasi momento storico, possono essere anti-maggioritari» — così, tra le ultime narrazioni sul tema, G. Calabresi, *Il mestiere del giudice. Pensieri di un accademico americano*, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 79 (corsivo aggiunto), il quale, riferendosi chiaramente alla teoria della «*countermajoritarian difficulty*» formulata da Alexander Bickel (di

tenza non è certo il primo: se un cittadino americano di mezza età si è trovato a nascere in un paese in cui alcune giurisdizioni locali gli impedivano di sposarsi con una persona di colore e si trova a vivere oggi in paese in cui può sposare una persona dello stesso sesso, ciò è anche dovuto agli interventi della giurisprudenza. Il retroterra culturale del caso *Obergefell* era stato diffusamente coltivato dagli stessi giudici supremi negli anni precedenti.

È proprio il giudice Roberts, sostenitore del distacco dei giudici dai condizionamenti derivanti dai movimenti interni alla società, a non poter fare a meno di menzionare e quindi di riconoscere le conquiste ottenute dai sostenitori dei diritti degli omosessuali tramite riforme legislative e pronunce giurisprudenziali³⁸, mentre nel precedente di appena due anni prima — *United States v. Windsor* (2013) — la questione della crescente sensibilità pubblica verso questi temi non viene degnato di alcun cenno.

Risale al 1971 il primo caso in cui la Corte si è occupata del matrimonio tra persone dello stesso sesso³⁹. Due uomini, residenti in Minnesota, sollevarono la questione relativa alla possibilità di potersi sposare, visto il silenzio della normativa matrimoniale di quello stato riguardo il genere dei coniugi: la Corte dispense ogni questione per mancanza di fondamento costituzionale.

Nel 1987 la Corte ha statuito, nel caso *Bowers v. Hardick* che le relazioni intime tra omosessuali possono essere ritenute un crimine dalla legge e che un argomento in senso contrario sarebbe stato «faceto»⁴⁰.

Nel 1993 il divieto di matrimoni tra persone dello stesso sesso viene considerato dalla Corte Suprema delle Hawaii⁴¹ una forma di discriminazione sessuale, in quanto tale da sottoporre a *strict scrutiny*. Il Congresso reagisce con l'approvazione, nel 1996, del Defense of Marriage Act (DOMA) che prevedeva, tra le varie disposizioni, che quel tipo di matrimonio non sarebbe stato riconosciuto ai fini dell'applicazione della legislazione federale. In meno di dieci anni più di un terzo degli stati avrebbe poi adottato leggi e riforme costituzionali volte a proibire la celebrazione o il riconoscimento di questo tipo di unione.

Sempre nel 1996 però la Corte Suprema degli Stati Uniti, nel caso *Romer v. Evans*, riprende la questione trattata in *Bowers*, e, senza giungere a ripudiare questo precedente, dichiara illegittimo un emendamento alla Costituzione di uno stato che vieti l'adozione di forme di protezione per omosessuali o bisessuali: si tratterebbe di una violazione della clausola dell'*Equal Protection*, poiché nessuno stato può rendere un suo cittadino — omosessuale o meno — «estraneo alle sue leggi»⁴².

Nel 1999 si registra una sensibile vittoria dei movimenti a tutela dei diritti degli omosessuali, con la sentenza della Corte Suprema del Vermont (*Baker v. State*) con la quale si sancisce che privare persone dello stesso sesso dei 'benefici' dell'istituto matrimoniale è una violazione della Costituzione dello stato secondo la quale tutti i cittadini hanno eguale accesso a «common benefits»⁴³: per dare esecuzione alla

cui si veda almeno *Foreword: The Passive Virtues*, in *Faculty Scholarship Series*, Paper 3968, Yale Law School, 1961, e *The Least Dangerous Branch*, Bobbs-Merrill, 1962), prosegue: «Il problema del 'countermajoritarianism' esiste in tali casi, ma non è una *difficulty*, quanto una scelta strutturale di assegnare alle Corti il dovere di proteggere valori fondamentali da pressioni popolari momentanee».

38 *Dissenting opinion* del giudice Roberts, I-B, p. 8-9: «Over the last few years, public opinion on marriage has shifted rapidly. In 2009, the legislatures of Vermont, New Hampshire Hampshire, and the District of Columbia became the first in the Nation to enact laws that revised the definition of marriage to include same-sex couples, while also providing accommodations for religious believers. In 2011, the New York Legislature enacted a similar law. In 2012, voters in Maine did the same, reversing the result of a referendum just three years earlier in which they had upheld the traditional definition of marriage. In all, voters and legislators in eleven States and the District of Columbia have changed their definitions of marriage to include same-sex couples. The highest courts of five States have decreed that same result under their own Constitutions». E più avanti (II-B-1, p. 15): «The opinion describes the "transcendent importance" of marriage and repeatedly insists that petitioners do not seek to "demean," "devalue," "denigrate," or "disrespect" the institution. Nobody disputes those points. Indeed, the compelling personal accounts of petitioners and others like them are likely a primary reason why many Americans have changed their minds about whether same-sex couples should be allowed to marry» (corsivo aggiunto).

39 *Richard John Baker v. Gerald R. Nelson*, 291 Minn. 310, 191 N.W.2d 185 (1971).

40 *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986): «Against a background in which many States have criminalized sodomy and still do, to claim that a right to engage in such conduct is "deeply rooted in this Nation's history and tradition" or "implicit in the concept of ordered liberty" is, at best, facetious».

41 *Baehr v. Lewin*, 74 Haw. 530, 852 P.2d 44 (1993).

42 *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996): «We must conclude that Amendment 2 classifies homosexuals not to further a proper legislative end but to make them unequal to everyone else. This Colorado cannot do. A State cannot so deem a class of persons a stranger to its laws» (corsivo aggiunto).

43 Chapter I, Article 7th, della Costituzione del Vermont: «That government is, or ought to be, instituted for the common benefit, protection, and security of the people, nation, or community, and not for the particular emolument or advantage of any single person, family or set of persons, who are a part only of that community; and that the community hath an indubitable,

sentenza, l'organo legislativo del Vermont escogita il formato delle unioni civili (stessi *benefits*, nome differente).

Nel 2003 viene finalmente superato il precedente del caso *Bowers*, con la sentenza della Corte Suprema federale nel caso *Lawrence v. Texas*: una legge che criminalizzi le relazioni intime tra omosessuali viola la libertà fondamentale protetta dal XIV Emendamento, poiché gli omosessuali «mantengono ancora la dignità di persone libere»⁴⁴.

Ancora a livello statale, punto di svolta è rappresentato dal caso *Goodridge v. Department of Public Health* (798 N.E.2d 941, Mass. 2003), deciso dalla suprema corte del Massachusetts: le coppie formate da persone dello stesso sesso devono avere la possibilità di sanzionare la loro unione esattamente negli stessi termini in cui ciò è permesso alle coppie di sesso diverso, negare questo diritto equivale non solo a negare dei 'benefici', ma a creare una classe inferiore di cittadini.

Nel 2013, con il caso *United States v. Windsor*⁴⁵, la Corte Suprema dichiara che la citata previsione del Defense of Marriage Act viola le garanzie del giusto processo e dell'eguale protezione della legge previste dalla Costituzione federale: alla luce, infatti, della deferenza della federazione, nell'amministrare i suoi programmi, verso le determinazioni circa il diritto familiare elaborate dai singoli stati, il rifiuto di considerare a questi fini una specifica tipologia di unione — quella tra persone dello stesso sesso — costituisce una discriminazione «di carattere inusuale»⁴⁶.

In tutti questi casi la giurisprudenza ha mostrato significativa sensibilità allo sviluppo degli abiti sociali riguardo i diritti degli omosessuali e la sentenza redatta dal giudice Kennedy si iscrive coerentemente in questo filone. È anzi l'istituto matrimoniale che nel caso *Obergefell* viene considerato espressione fenomenologica dei cambiamenti sociali: «mutevoli concezioni del matrimonio — scrive Kennedy — sono caratteristiche di una nazione dove le nuove dimensioni della libertà si manifestano alle nuove generazioni spesso attraverso idee prospettate tramite petizioni e proteste, per poi essere considerate nella sfera politica e in quella giudiziaria»⁴⁷. Si potrebbe anzi aprire una riflessione — ma i giudici dissenzienti si guardano bene dal farlo — circa il parallelismo dei percorsi seguiti dal giudizio di costituzionalità riassunto in questa giurisprudenza da un lato e quello di emersione delle rilevazioni sociologiche dall'altro⁴⁸.

unalienable, and inalienable right, to reform or alter government, in such a manner as shall be, by that community, judged most conducive to the public weal».

44 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003): «It suffices for us to acknowledge that adults may choose to enter upon this relationship in the confines of their homes and their own private lives and still retain their dignity as free persons».

45 *United States v. Windsor*, 570 U.S. ____ (2013).

46 Il DOMA, secondo la Corte, imporrebbe «a disadvantage, a separate status, and so a stigma upon all who enter into same-sex marriages made lawful by the unquestioned authority of the States», *United States v. Windsor*, 570 U.S. ____ (2013), IV, p. 21. Questa attenzione alle dinamiche istituzionali del federalismo, che portò il dissenziente Scalia a definire la sentenza una «federalist opinion», non sembra essere equamente articolata anche nel caso *Obergefell*.

47 *Obergefell*, II-B, p. 7: «[C]hanged understandings of marriage are characteristic of a Nation where new dimensions of freedom become apparent to new generations, often through perspectives that begin in pleas or protests and then are considered in the political sphere and the judicial process».

48 Se ci si avvedesse che il primo ha 'inseguito' le seconde si porrebbe un non secondario problema: se da un lato, infatti, la natura «contro-maggioritaria» della corte non può essere considerata una «difficoltà», come brevemente visto sopra (nota 37), dall'altro una eccessiva ricerca della popolarità della sentenza espresso con la deferenza al dato sociologico rischia di far cadere la corte sul versante opposto, quello 'maggioritario': e questa sì che sarebbe una 'difficoltà'. Su questo punto e sulle sue declinazioni di fondamentale criticità si può già leggere R. Ibrido, *Costituzioni in cammino. Argomento sociologico e orientamento sessuale*, in *Omosessualità, eguaglianza, diritti* (a cura di A. Schillaci), Roma, Carrocci editore, 2014, in particolare p. 234: «Più che il problema della "tenuta" della supremazia della Costituzione, e dunque il rischio di una "sfaldatura" di quest'ultima rispetto alla penetrazione di elementi di giudizio esterni al dato testuale, l'argomento sociologico sembra interrogare le componenti essenziali dell'identità del giudice costituzionale: se è vero infatti che questo percorso argomentativo conduce a dare una cassa di risonanza a dinamiche sociali che tendono ad affermarsi in un determinato momento storico, non può allora essere sottovalutato il rischio di ridimensionare la funzione contr-maggioritaria delle Corti». Fungono quindi ancora da orientamento le parole usate da A. Hamilton (*Federalist* n.78) nel descrivere la concezione (statunitense) di judicial review: «[W]here the will of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than the former. They ought to regulate their decisions by the fundamental laws, rather than by those which are not fundamental».

2.2 Libertà come locomozione⁴⁹

Un altro tema trattato con significante enfasi retorica è quello relativo al significato della «libertà» di cui nessuno può essere privato senza un «*due process of law*» (V e XIV Emendamento). A trattare l'argomento è il giudice Thomas che scrive la sua opinione in modo più ordinato, ma mantenendo l'impostazione didascalica di chi si rivolge a una classe di scolari ormai irrecuperabili.

L'argomentazione testuale⁵⁰ cui Thomas ricorre è spesso declinata, in particolare dai giudici conservatori, in senso originalista, con l'obiettivo cioè di individuare e attribuire valore dispositivo al significato originario del testo considerato. Viene presentata, dunque, come approccio interpretativo 'neutro': la Costituzione è un testo scritto, vincolante in quanto il testo è vincolante, e il 'significato' del testo è (prima di tutto) fornito dal suo 'significato originario'.

Sulla base di queste considerazioni, il giudice Thomas esprime le seguenti statuizioni:

a) La libertà originariamente intesa ai tempi della redazione e dell'adozione della Costituzione è solo libertà fisica: in questo modo bisogna leggere il riferimento alla «libertà» contenuto tanto nel V Emendamento quanto nel XIV Emendamento: «Il fatto che Corte sembra abbia smarrito la retta via negli ultimi tempi non giustifica la deviazione dall'originario significato delle Clausole»⁵¹.

b) Anche ammettendo che il concetto di libertà di cui alle clausole citate comprenda qualcosa di più della libertà da vincoli fisici, libertà è «storicamente» libertà negativa, ovvero libertà dalle ingerenze del potere, non libertà intesa come diritto a una prestazione o a un riconoscimento da parte del potere⁵²: i ricorrenti non possono seriamente sostenere di «esser stati arrestati o fisicamente vincolati dagli Stati per aver intrattenuto relazioni omosessuali»⁵³.

Dal mancato rispetto di questo canone, deriverebbero, secondo il giudice Thomas, vari danni collaterali:

- i) è stato menomato il processo politico volto a determinare e proteggere le libertà dei cittadini⁵⁴;
- ii) è stato attaccato il matrimonio inteso come istituzione religiosa, inficiando così la stessa libertà religiosa che la Costituzione impone di tutelare⁵⁵;

49 Dall'opinione dissenziente del giudice Thomas (II, B, p. 9): «Whether we define "liberty" as locomotion or freedom from governmental action more broadly, petitioners have in no way been deprived of it».

50 Bobbitt identifica l'argomentazione testuale (o testualismo) solo con quella relativa al significato contemporaneo del testo considerato: tuttavia si registra anche un testualismo di carattere 'storico', volto a discernere il significato originario (ed è in questa declinazione che si legge l'opinione del giudice Thomas). In questa seconda accezione, stando alla classificazione fornita dallo stesso Bobbitt (ricordata, *supra*, nota 11), l'argomentazione testuale si sovrapporrebbe con quella storica.

51 *Dissenting opinion* del giudice Thomas, II-A-1, p. 6-7: «Fourteenth Amendment almost uniformly [was] construed the word "liberty" to refer only to freedom from physical restraint. [...] In enacting the Fifth Amendment's Due Process Clause, the Framers similarly chose to employ the "life, liberty, or property" formulation" [...]. If the Fifth Amendment uses "liberty" in this narrow sense, then the Fourteenth Amendment likely does as well. [...] That the Court appears to have lost its way in more recent years does not justify deviating from the original meaning of the Clauses».

52 *Dissenting opinion* del giudice Thomas, II-A-2, p. 7: «Even assuming that the "liberty" in those Clauses encompasses something more than freedom from physical restraint, it would not include the types of rights claimed by the majority. In the American legal tradition, liberty has long been understood as individual freedom from governmental action, not as a right to a particular governmental entitlement».

53 *Dissenting opinion* del giudice Thomas, II-B, p. 9-10: «[R]eceiving governmental recognition and benefits has nothing to do with any understanding of "liberty" that the Framers would have recognized».

54 *Dissenting opinion* del giudice Thomas, III-A, p. 13 ss.

55 *Dissenting opinion* del giudice Thomas, III-B, p. 14 ss. Il giudice Thomas è l'unico a organizzare compiutamente il suo dissenso attorno al tema della libertà religiosa: «In our society, marriage is not simply a governmental institution; it is a religious institution as well. Today's decision might change the former, but it cannot change the latter. It appears all but inevitable that the two will come into conflict». Il giudice Kennedy, scrivendo per la maggioranza, aveva 'liquidato' la questione della libertà religiosa in un paragrafo (IV, p. 27), assicurando che la decisione della Corte non costituisce una violazione della libertà religiosa delle persone, ma la Costituzione non può permettere che uno Stato vieti a coppie dello stesso sesso di sposarsi negli stessi termini in cui ciò è consentito a coppie di sesso diverso: «[T]hose who adhere to religious doctrines, may continue to advocate with utmost, sincere conviction that, by divine precepts, same-sex marriage should not be condoned. The First Amendment ensures that religious organizations and persons are given proper protection as they seek to teach the principles that are so fulfilling and so central to their lives and faiths, and to their own deep aspirations to continue the family structure they have long revered. The same is true of those who oppose same-sex marriage for other reasons». Secondo il giudice Roberts la decisione non viola apertamente la libertà religiosa, ma pone «serie questioni» («Many good and decent people oppose same-sex marriage as a tenet of faith, and their freedom to exercise religion is — unlike the right imagined by the majority — actually spelled out in the Constitution», IV, p. 27). Il giudice Alito non parla apertamente di religione, ma della

iii) l'asserzione della maggioranza secondo cui, con questa decisione, le coppie dello stesso sesso possono acquisire la stessa «dignità» delle coppie eterosessuali, è fallace perché la Costituzione non contiene alcuna «clausola sulla dignità» e comunque il governo è storicamente incapace di «conferire dignità» ai cittadini⁵⁶.

La sintesi conclusiva di Thomas è dunque che la libertà di una persona, «per non parlare della sua dignità», è qualcosa che deve essere protetta contro lo — e non assicurata dallo — Stato: «L'odierna decisione mette da parte *questa verità*»⁵⁷.

La nota del giudice Thomas esprime tutti i connotati più epidermici del movimento culturale che ha preso piede negli Stati Uniti nell'ultimo quarto del Novecento e che prende il nome di «originalismo»⁵⁸. Per quanto si proponga come teoria dell'interpretazione giuridica votata alla neutralità politica e dunque promotrice di *judicial restraint*, l'originalismo si fonda su un tipo di argomentazione a metà strada tra quella «storica» e quella «etica»⁵⁹: e se nella tradizione giurisprudenziale statunitense queste due forme di argomentazione sono di per sé difficilmente distinguibili, l'originalismo le articola in modo così «autoreferenziale»⁶⁰ da declassarle a mere tecniche di persuasione delle pre-posizioni del giudice.

In quanto movimento culturale, l'originalismo è storicamente determinato e le adesioni che registra sono giustificabili dal punto di vista ambientale. Lo scorrere di oltre duecentotrenta anni da quando Washington, Jefferson, Franklin, Adams, Hamilton e Madison⁶¹ hanno creato la nazione ha prodotto una canonizzazione di queste figure e basare l'autorità dell'originalismo sull'idea che i *framers* furono eccezionalmente «saggi e lungimiranti» non può che evocare un certo senso di orgoglio nazionale: come è stato osservato, «visto l'impoverimento del discorso e l'assenza di visibili virtù pubbliche di auto-controllo nella politica nazionale odierna, una scelta espressa come posizione a metà tra i «Padri Fondatori» e chiunque si trovi a vivere oggi, rende probabile il trionfo della *nostalgia*»⁶². L'elemento emotivo della persuasione originalista è inoltre accentuato dal connotato quasi religioso che ispira la tradizione dell'esegesi dei testi⁶³: la glorificazione del «significato originario» della Costituzione è intrecciato con la condanna delle deviazioni dal significato originale della Verità consegnata nella Costituzione. Anzi,

«tradizionale concezione di matrimonio» sul cui mantenimento o mutamento i cittadini non possono più esprimersi, poiché la Corte ha «usurpato» loro questa possibilità (III, p. 6).

56 È forse questa la parte della nota del giudice Thomas più difficile da seguire. *Dissenting opinion* IV, p. 16 ss.: «[H]uman dignity cannot be taken away by the government. Slaves did not lose their dignity (any more than they lost their humanity) because the government allowed them to be enslaved. Those held in internment camps did not lose their dignity because the government confined them. And those denied governmental benefits certainly do not lose their dignity because the government denies them those benefits. The government cannot bestow dignity, and it cannot take it away».

57 *Dissenting opinion* del giudice Thomas p. 17, corsivi aggiunti.

58 L'originalismo è una famiglia di teorie, secondo le quali sia il significato originario che la risoluzione delle controversie costituzionali deriva o dovrebbe derivare dal modo in cui il testo è stato originariamente inteso o dal modo in cui i suoi redattori si sarebbero aspettati di affrontare e risolvere la controversia. Tra i numerosi studi sul tema, si possono consultare i seguenti: J. Greene, *On the Origins of Originalism*, in *Texas Law Review*, 88 (2009); J. Greene, *Selling Originalism*, in *The Georgetown Law Journal*, 97 (2009); J. Greene, N. Persily, S. Ansolabehere, *Profiling Originalism*, in *Columbia Law Review*, 111 n. 2 (2011). Vale forse la pena notare che lo sforzo retorico profuso dal giudice Scalia nella formulazione del suo dissenso è talmente votato alla polemica *tout court*, da non approfondire le sue argomentazioni informate ai principi dell'originalismo (che pure egli sposa pienamente: si veda almeno il suo *A Matter of Interpretation. Federal Courts and The Law*, Princeton, Princeton Univ. Press, 1997).

59 Tenendo sempre a mente la sistemazione proposta da Bobbitt, *supra*, nota 11.

60 Così J. Greene, *On the Origins of Originalism*, in *Texas Law Review*, 88 (2009), p. 64.

61 I «Big Six» della cultura americana li definisce J.M. Balkin, *Constitutional Interpretation and Change in The United States: The Official and The Unofficial*, Public Law Research Paper No. 542, Yale Law School, 2015.

62 V. C. Jackson, *Constitutions as "Living Trees"? Comparative Constitutional Law and Interpretive Metaphors*, in *Fordham Law Review*, 75 (2006), p. 942 (corsivo aggiunto).

63 Già negli anni '20 E. C. Corwin «sospettava» che «this American aptitude for documentary exegesis, [...] had its origin [...] in an earlier taste for theological disquisition» (*The Progress of Constitutional Theory between the Declaration of Independence and the Meeting of the Philadelphia Convention*, in *The American Historical Review*, 30 n. 3, 1925, p. 521). L'attitudine americana verso la Costituzione è stata descritta in termini di culto, reverenza e fedeltà: M. Lerner (*Constitution and Court as Symbols*, in *The Yale Law Journal*, 45, 1937, p. 1294-95) ha descritto la Costituzione come «totem e feticcio» dell'America: «[T]he very habits of mind begotten by an authoritarian Bible and a religion of submission to a higher power have been carried over to an authoritarian Constitution and a philosophy of submission to a "higher law;" and a country like America, in which its early tradition had prohibited a state church, ends by getting a state church after all, although in a secular form».

stando a questa concezione, la difficoltà di emendare la Costituzione tramite l'Articolo V «facilita l'iconografia della Costituzione come un testo sacro»⁶⁴.

Le coppie dello stesso sesso, in conclusione, non avevano il diritto di sposarsi quando furono adottati il V Emendamento nel 1791 o il XIV Emendamento nel 1868, e non vi è mai stata una riforma costituzionale in tal senso adottata secondo le procedure dell'Articolo V: se questo era l'intendimento originario del tempo e se non è possibile individuare un preciso momento del relativo mutamento, questo mutamento non è mai avvenuto⁶⁵.

A voler considerare l'originalismo una teoria generale di interpretazione costituzionale, non si potrebbe fare a meno di evidenziare le conseguenze che la sua applicazione produrrebbe (e in parte ha prodotto), solo per fare un esempio, nel campo del riconoscimento e della tutela di 'nuovi' o 'maggiori' diritti: politicamente il movimento nasce come cosciente reazione alla giurisprudenza delle Corti Warren e Burger relativa ai diritti individuali (*Griswold*, *Miranda v. Arizona*, *Roe v. Wade*, *Mapp v. Ohio*, e *Brown*), il cui 'attivismo' armò le critiche originaliste spingendole verso un *anti-rights orientation*⁶⁶. E se i riferimenti ideologici dell'orientamento originalista americano vengono rintracciati nel mito della Fondazione americana, diviene allora ammissibile il disorientamento che una cultura costituzionale le cui coordinate sono invece state fissate nella seconda metà del Novecento attorno alla dignità dell'uomo come «premessa culturale» dello Stato costituzionale⁶⁷ può provare di fronte a un apparente positivismo feticistico che, incapace di intrecciare letture diacroniche e sincroniche della storia costituzionale, non può cogliere le «cristallizzazioni culturali»⁶⁸ raggiunte tramite il lavoro costituente delle generazioni passate.

L'originalismo dunque non può che essere un fenomeno esclusivo della civiltà americana⁶⁹, la cui narrativa è stata tessuta, sin dalla sua fondazione, su trame «ad esito escatologico»⁷⁰ e — sotto certi versi — pare connotarsi in questo modo ancora oggi, alimentando un movimento di fuga dalla storia, in avanti, alla conquista di sempre nuovi spazi e poi di «inesorabile ritorno dell'America in se stessa».⁷¹ Oggi l'atteggiamento di certe *doctrines* nei confronti della storia fondato sulla continua polemica morale contro il modo in cui avvengono le trasformazioni (la geremiade americana) può spiegare perché «la società che più di ogni altra ha ormai caratteristiche post-moderne e post-industriali continua a venerare valori, simboli e istituti costituzionali pre-moderni e pre-industriali e a soffrire della propria consapevole sensibilità alle tensioni tra pratica e politica»⁷². La continua riproposizione del dibattito tra virtù civile e tempo secolarizzato ha finito, infatti, per perpetuare una concezione della storia «come un

64 J. Greene, *ivi*, p. 69.

65 Così J.M. Balkin, *Constitutional interpretation and Change* cit., p. 15.

66 J. Greene, *ivi*, p. 10-12: fu il Procuratore Generale Edwin Meese a iniziare la campagna, durante il secondo mandato di Reagan, per promuovere pubblicamente la visione secondo cui l'originalismo è l'unico modo per controllare l'attivismo dei giudici.

67 P. Häberle, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura* (edizione italiana a cura di J. Luther), Roma, Carrocci editore, 2001, p. 35.

68 *Ivi*, p. 186.

69 Così J. Greene, *ivi*, p. 54: «[T]he measure of originalism's success lies not in originalism but in ourselves».

70 J.G.A. Pocock, *Il momento machiavelliano. Il pensiero politico fiorentino e la tradizione repubblicana anglosassone*, vol. II (*La «repubblica» nel pensiero anglosassone*), Bologna, Il Mulino, 1980. Secondo l'autore la retorica della «geremiade americana» (p. 859-862) accomunò sia Federalisti che Repubblicani, coniugando il millenarismo dei primi con l'utopia dei secondi. I Repubblicani credevano di trovarsi di fronte a «una fuga dalla storia per tornare alla natura» (p. 916): in realtà «si trattava di una fuga dalla civiltà moderna e da un certo futuro non meno che una fuga dall'antichità tradizionale e da un certo passato» e «la natura in cui gli americani si immersero non era semplicemente il primitivismo puritano, lockiano o arcadico, ma quella *vita activa*», una *vita activa*, tuttavia, che, «dopo quanto aveva spiegato Machiavelli, si era rivelata sempre più difficile da conciliare con l'esistenza nella dimensione di un tempo secolarizzato». I Federalisti, d'altro canto, adottando la visione neo-harringtoniana del momento machiavelliano, ritenevano che «d'un colpo solo fossero individuati e subito condannati i mali della superstizione, del vassallaggio e della speculazione sui titoli»; ed ecco che «sia l'antica sia la nuova idea della corruzione» «potevano essere inserite l'una nell'altra». Se dunque la repubblica americana «si prestava ad essere considerata come una rinnovazione attuata in un Mondo Nuovo, era naturale che il distacco dalla corruzione fosse visto attuarsi in un singolo atto con cui veniva troncata ogni relazione col passato»: lo stato di natura che ci si era costruito «era astorico» (p. 917).

71 *Ivi*, p. 923.

72 *Ivi*, p. 922. Per un approfondimento sulle reazioni della cultura giuridica nordamericana alla 'crisi di modernità' si può iniziare con la rassegna di G. Minda, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2001. L'originalismo si può forse cogliere in questo contesto di inquietudine interdisciplinare — quella del «diritto e ...» (...letteratura, ...economia, ...genere, etc.) — con la differenza che gli originalisti, invece di reagire allo sfaldamento della fiducia nei progetti intellettuali della modernità

movimento di allontanamento e distacco da quelle norme in cui si concreta e si precisa quella stabilità e coerenza morale»⁷³.

Quello che manca, cioè, è una lettura storicizzata della costituzione. La geremiade, mai totalmente sopita neanche nei momenti di maggior consenso tra le istituzioni governative, riesplode infatti con la impervia elaborazione di un approccio all'interpretazione costituzionale che si vuole sistematicamente e specificatamente fondato sulla reverenza verso l'autorità culturale degli eroi della fondazione⁷⁴. Questi formati meta-storici si sono riversati anche nella lettura della costituzione come testo politico/antropologico/filosofico, i cui contenuti ivi vengono così intesi come fondativi di una realtà metafisica, in quanto tale sostanzialmente immutabile: un po' come le narrazioni bibliche della Creazione, le quali non intendono raccontare degli eventi storici, ma spiegare la natura dell'uomo di tutti i tempi. Una concezione della storia e della storia costituzione del genere non può che configurarsi «come un movimento essenzialmente privo di creatività ed entropico, a meno che non culmini nell'avvento di un 'millennio' o nella realizzazione di un'utopia»⁷⁵. Tuttavia, «una rivoluzione, che venga dopo la fase della geremiade, sarebbe, sul piano ideologico, ancora più drastica, almeno sotto certi aspetti», poiché «si terminerebbe di discutere e contestare la storia nella sua forma specificamente americana». Che cosa poi verrebbe dopo è arduo da immaginare: «gli indizi attuali sembrano far presagire [...] che ci si avvia a forma diverse di anarchismo conservatoristico»⁷⁶.

3. Un'opinione immaginaria⁷⁷

L'uso che la Corte fa della clausola sulla *Equal Protection* è forse il punto più delicato da commentare. È la maggioranza stessa a renderne difficile l'apprezzamento, mescolando nella sua opinione l'argomento basato sul *Due Process* con quello basato sulla clausola in questione. Ma anche i giudici dissenzienti non prendono sul serio⁷⁸ questa — per la verità non nuova — ambiguità, non provando neanche a formulare una vera osservazione critica.

tramite la dimostrazione di quanto «le regole giuridiche [siano] legate ai loro contesti sociali, economici, politici e culturali» (p. 133), resettano un secolo di storia fondando la propria reazione sulla mitologia della pre-modernità.

73 *Ivi*, p. 925.

74 Cfr. A. Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, University of Cincinnati, 1989. Si può invece ipotizzare che l'assetto costituzionale americano abbia 'retto' nel tempo in quanto incardinato in un processo fondativo aperto «ad una molteplicità di apporti» e di «processi costituenti» che esprimono «quell'istanza di equilibrio, di 'modération politique', che, da Montesquieu in poi, è un motivo conduttore delle teorie costituzionali pluralistiche» (P. Ridola, *L'esperienza costituente come problema storiografico: bilancio di un cinquantennio*, in *Quaderni costituzionali*, 1998, XVIII, n. 2, p. 268). Il popolo è stato così incoraggiato a controllare i suoi continui impulsi verso cambiamenti politici rivoluzionari, incanalandoli attraverso le molteplici fonti di emersione e consolidazione del consenso. Se quindi si può ammettere che la 'costituzione' non è mai stata uguale a se stessa nel corso del tempo, mentre la 'Costituzione' è rimasta intatta, potrebbe non essere inutile tentare una storicizzazione del testo, intendendo con ciò l'inquadramento in un dato contesto storico del significato e dell'applicazione del diritto 'contenuto' in quelle clausole costituzionali particolarmente aperte ai processi di recezione (nel senso inteso da Häberle): la creatività secolarizzata della storia così cattura permetterebbe di cogliere il continuo processo delle trasformazioni qualitative della vita dell'uomo, non necessariamente dalla prospettiva dell'idealismo spiritualistico di Hegel e delle sue scuole. Verrebbe recuperato il valore del testo costituzionale che è sì, come riteneva Thomas Paine, la sola 'vera' costituzione, quella cioè fatta con 'la coscienza di fare una costituzione', ma è soprattutto il prodotto, per quanto «consapevole», di un'altra [fase] più antica e molto più lunga, in cui le costituzioni erano pensate non come creazione ma come *sviluppo*, non come codice nazionale ma come *eredità nazionale*» (C.H. McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, Il Mulino, 1990, p. 44, corsivi aggiunti).

75 G.A. Pocock, *ivi*, p. 925.

76 *Ivi*, p. 915. Infine Pocock rassicura: «[M]a, d'altra parte, il termine del momento machiavelliano, a quanto pare, non è ancora giunto»,

77 Il titolo del paragrafo è simile a quello impiegato nello studio di A. Romano nel suo studio sulle opinioni dissenzienti nella sentenza del Tribunal Constitucional spagnolo relativa al riconoscimento del matrimonio tra coppie dello stesso sesso (*I voti particolari nella sentenza n. 198 del 2012 del Tribunal Constitucional spagnolo tra approcci alla relazione affettiva e dinamiche dell'interpretazione Costituzionale*, in *Nomos*, 2013, 3, p. 9), il quale a sua volta si ispira a un intervento tenuto dalla Professoressa Nicolai durante il seminario su «*The same sex-marriage nella sentenza del Tribunal Constitucional spagnolo del 6 novembre 2012*» organizzato nell'ambito Dottorato di Diritto pubblico della Sapienza Università di Roma l'8 febbraio 2013.

78 Secondo Roberts (*dissenting opinion*, III, p. 23), «the majority does not seriously engage with this claim. its discussion is, quite frankly, difficult to follow. [...] [T]he majority fails to provide even a single sentence explaining how the Equal Protection

Il giudice Kennedy, nello scrivere per la maggioranza, basa la decisione del caso principalmente sull'interpretazione della clausola sul giusto processo e, pur riferendosi anche alla clausola sull'eguale protezione, manca colpevolmente⁷⁹ di argomentare questa seconda fondazione. Si limita ad ammettere che le leggi che vietano i matrimoni tra persone dello stesso sesso «limitano i precetti centrali dell'egualianza» e che sono «nella loro essenza» «non eque»: le coppie dello stesso sesso si vedono negati «tutti i benefici accordati alle coppie di sesso diverso e sono escluse dall'esercizio di un diritto fondamentale»⁸⁰. Soprattutto sarebbe stato interessante approfondire, sviluppandone le numerose suggestioni, la seguente proposizione del giudice Kennedy: «Ciascun concetto — libertà ed eguale protezione — porta a una maggior comprensione dell'altro. Infatti nell'interpretare la clausola sull'eguale protezione, la Corte ha riconosciuto che nuovi sviluppi e intendimenti sociali possono svelare ingiustificate ineguaglianze all'interno delle nostre più importanti istituzioni che in precedenza non erano state mai notate o messe in discussione»⁸¹.

Tanto è dovuto, secondo la maggioranza, circa la fondazione della decisione sulla *Equal Protection Clause*, quando un ragionamento più articolato avrebbe forse potuto smorzare le resistenze politiche (e la minoranza della Corte probabilmente sarebbe stata costretta a formulare opinioni più armoniose con la cultura giuridica che dovrebbe esprimere): decidere una questione così controversa come quella dei matrimoni tra coppie dello stesso sesso esclusivamente o principalmente sull'interpretazione della *Due Process Clause*, dichiarando che si tratta di un diritto fondamentale 'in virtù della Costituzione', qualunque argomentazione si usi a sostegno, equivale effettivamente a escludere questione dibattuta dalla disponibilità della costituzione. I valori di chi non ritiene fondamentale quel diritto non sono cioè più compresi nella costituzione⁸². Una sensibile lettura in termini di eguaglianza è invece certamente problematica e problematizzante e da ciò forse derivano le sue potenzialità dialogiche: come è stato osservato, infatti, «le ragioni che presiedono alle decisioni basate sul *due process* sono mediamente più oppostive nei confronti di alcune sensibilità e orientamenti rispetto a quelle fondate sull'*equal protection*»⁸³.

Un approccio simile era stato adottato, sempre dal giudice Kennedy, nel caso *Lawrence v. Texas*, e allora criticato nell'opinione concorrente della giudice Day O'Connor. Kennedy scrisse che la libertà che non può essere inficiata da alcuna intrusione pubblica, cui si riferisce la clausola sul *Due Process*, comprende il diritto delle coppie formate da persone dello stesso sesso di intrattenere rapporti intimi:

Clause supplies independent weight for its position, nor does it attempt to justify its gratuitous violation of the canon against unnecessarily resolving constitutional questions».

- 79 Ciò soprattutto alla luce dell'argomentazione formulata dal Solicitor General Verrilli, per la quale si rimanda, *infra*, alla nota 102.
- 80 *Obergefell* (III, p. 22): «It is now clear that the challenged laws burden the liberty of same-sex couples, and it must be further acknowledged that they abridge central precepts of equality. Here the marriage laws enforced by the respondents are in essence unequal: same-sex couples are denied all the benefits afforded to opposite-sex couples and are barred from exercising a fundamental right».
- 81 *Obergefell* (III, p. 20): «Each concept — liberty and equal protection — leads to a stronger understanding of the other. Indeed, in interpreting the Equal Protection Clause, the Court has recognized that new insights and societal understandings can reveal unjustified inequality within our most fundamental institutions that once passed unnoticed and unchallenged». Procedendo ancora a ritroso nella sentenza, tuttavia, si può notare che il giudice Kennedy non risolve l'ambiguità della proposizione iniziale con la quale ammette genericamente che l'interpretazione combinata di *Due Process Clause* ed *Equal Protection Clause* permette tutto ma anche il contrario di tutto: «Rights implicit in liberty and rights secured by equal protection may rest on different precepts and are not always coextensive, yet in some instances each may be instructive as to the meaning and reach of the other» (*Obergefell*, III, p. 19, corsivi aggiunti).
- 82 È indubbio che il 'setaccio' dei diritti effettuato tramite l'interpretazione sulle libertà, per come viene costruito nella giurisprudenza costituzionale statunitense, rappresenti uno strumento utile a rimettere in discussione la definitività delle valutazioni circa il carattere fondamentale o meno di una libertà: ma la rete metallica che filtra queste valutazioni è spesso intrecciata con letture della storia e della storia costituzionale che appaiono o funzionali alla ricostruzione evolutiva ed espansiva delle libertà oppure arroccate su una visione pre-moderna degli equilibri costituzionali che non può che livellare verso il basso le molteplici pulsioni di un ordinamento pluralista. Nel primo caso, comunque, un'argomentazione di tal fatta non può essere autosufficiente nel sostegno di un nuovo *claim*, dovendosi bilanciare con tecniche interpretative più aperte al dialogo. Per un confronto sulla difficoltà di 'usare' la storia da parte dei giudici europei (nello specifico da parte della Corte EDU) si veda A. Buratti, *L'uso della storia nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2/2012.
- 83 G. Calabresi, *Il mestiere del giudice* cit., p. 69, del quale si può aggiungere (p. 68): «Potremmo dire che l'*equal protection* è, di norma, uno strumento più propenso al dialogo di quanto non lo sia il *due process*». Significativa, in proposito, la seguente affermazione del giudice Roberts (*dissenting opinion*, II, 3, p. 19): «The truth is that today's decision rests on nothing more than the majority's own conviction that same-sex couples should be allowed to marry because they want to [...]», così come quella già citata del giudice Scalia (II, p. 8): «What possible "essence" does substantive due process "capture" in an "accurate and comprehensive way"? It stands for nothing whatever, except those freedoms and entitlements that this Court *really* likes».

le decisioni individuali riguardanti le relazioni fisiche, anche quando non volte alla procreazione, sono forme di libertà protette dalla clausola in questione.

Il fatto che oggetto di quel caso fosse una norma penale che faceva del rapporto omosessuale una fattispecie criminosa ha probabilmente agevolato la comprensione di un caso letto in termini di libertà (consacrando il 'buon diritto' prodotto dalla sentenza), viste le evidenti ripercussioni che una condanna penale ha sulla dignità della persona condannata, come quelle relative alla incarcerazione, alla notizia pubblica del reato, ai condizionamenti posti alla vita lavorativa, alla stigmatizzazione come *sex offender*. Tuttavia, l'argomentazione in termini di eguaglianza rafforza la stessa conclusione, ponendo (alla società, alla politica e alla giurisprudenza) interrogativi più stringenti: fino a che punto si è disposti a trattare in modo diverso situazioni ('sempre più') uguali? Su cosa si fonda la diversità di trattamento e quando questa diviene discriminazione? È possibile ritenere criminoso il comportamento di una classe di persone per la sola disapprovazione morale dello Stato verso quella classe?⁸⁴ Una disapprovazione morale può rappresentare un «legittimo interesse statale» su cui fondare un trattamento differente?⁸⁵ Le stesse domande, passando dal penale al civile, non perdono la capacità di mettere a disagio che deve rispondere: non si noterebbe forse una *government intrusion* anche nel proibire il riconoscimento di matrimoni tra due persone dello stesso sesso? Questa proibizione non equivale a porre su di esse un marchio di inferiorità rispetto a coppie di sesso diverso?

L'opinione del giudice Kennedy, in *Lawrence* come in *Obergefell*, come detto, fonde i ragionamenti in termini di eguaglianza e quelli in termini di libertà: in entrambi i casi la sentenza è organizzata sui temi del rispetto, quindi della dignità, della denigrazione, dello status. Kennedy in *Lawrence* per esempio statuisce che la qualificazione di una norma che rende criminali le condotte omosessuali rappresenta un «invito a sottoporre le persone omosessuali a discriminazioni tanto nella sfera privata quanto in quella pubblica» e che conservare un precedente come *Bowers* equivale a «avvilire la vita degli omosessuali»⁸⁶.

Anche in *Obergefell* sono numerosi i riferimenti al danno (*harm*), alle ferite (*hurt, injury*), all'avvilimento (*demean*), alla stigmatizzazione, alla umiliazione cui sono sottoposte le coppie formate da persone dello stesso sesso, la cui unione non può essere riconosciuta negli stessi termini in cui viene riconosciuta alle coppie formate da persone di sesso diverso: i trattamenti differenziati in base al sesso, conclude Kennedy, «hanno negato l'eguale dignità di uomini e donne»⁸⁷.

Il linguaggio impiegato nei due casi sembra così riallacciarsi a quella letteratura inaugurata dalla Corte Warren con la sentenza *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), che mise fine alla segregazione razziale nelle scuole, seguendo un percorso argomentativo volto in primo luogo a definire la natura del problema sociale, per sancire poi l'inadeguatezza dei precedenti metodi con cui è stato letto dal giurista, spiegando quindi perché una nuova luce su di esso illumina una nuova «sfera di preoccupazione costituzionale», e approfondendo infine il significato dell'umiliazione 'istituzionalizzata' dai

84 Risponde la giudice Day O'Connor (nella sua *concurring opinion* in *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 2003): «A law branding one class of persons as criminal solely based on the State's moral disapproval of that class and the conduct associated with that class runs contrary to the values of the Constitution and the Equal Protection Clause, under any standard of review» (corsivo aggiunto). Quello avanzato dalla giudice è uno standard classico di scrutinio, basato sulla sola razionalità della normativa oggetto di scrutinio.

85 Risponde ancora Day O'Connor: «Moral disapproval of a group cannot be a legitimate governmental interest under the Equal Protection Clause because legal classifications must not be 'drawn for the purpose of disadvantaging the group burdened by the law'». La questione della legittimità del matrimonio tra due persone dello stesso sesso non è oggetto del caso *Lawrence* e tantomeno dell'intervento concorrente della giudice Day O'Connor, la quale però parlando di *legitimate state interest* vuol far intendere che questo può continuare a essere incarnato dalla volontà di uno Stato di preservare «la tradizionale istituzione del matrimonio», poiché «[u]nlike the moral disapproval of same-sex relations — the asserted state interest in this case — other reasons exist to promote the institution of marriage beyond mere moral disapproval of an excluded group» (corsivi aggiunti). L'obiter sembra essere formulato in modo volutamente ambiguo: l'uso del verbo «promote» e la preposizione «beyond» possono dar luogo a intendimenti e traduzioni ambivalenti: «esisterebbero altri motivi oltre alla disapprovazione morale per promuovere (la conservazione de) l'istituzione del matrimonio», oppure «esisterebbero altri motivi per promuovere l'istituzione del matrimonio oltre la disapprovazione morale» (in questo secondo caso sembra suggerirsi proprio un superamento del giudizio morale per l'estensione del matrimonio anche a coppie dello stesso sesso).

86 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), 575: «When homosexual conduct is made criminal by the law of the State, that declaration in and of itself is an invitation to subject homosexual persons to discrimination both in the public and in the private spheres. The central holding of *Bowers* has been brought in question by this case, and it should be addressed. Its continuance as precedent demeans the lives of homosexual persons».

87 *Obergefell*, III, p. 21: «[I]nvidious sex-based classifications in marriage remained common through the mid-20th century. [...] These classifications denied the equal dignity of men and women».

pubblici poteri⁸⁸. Un ruolo determinante nel legare questa impostazione al caso *Obergefell* ha sicuramente avuto il precedente di *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967) nel quale, pur non riprendendo la *judicial doctrine* dell'umiliazione istituzionalizzata, la conclusione raggiunta dal giudice Warren — il matrimonio è uno dei «basici diritti civili dell'uomo», «fondamentale alla nostra stessa esistenza e sopravvivenza»⁸⁹, per cui una legge che vieti il matrimonio tra due persone appartenenti a razze differenti viola le clausole della *Equal Protection* e del *Due Process* — sembrava segnare un altro passo verso l'infrangimento di quelle barriere che separano la *Equal Protection* dal *Due Process*, invitando l'interprete a considerare la specifica sfera del matrimonio come vista e vissuta nel «mondo reale»⁹⁰. Il passo stilistico al caso *Windsor*, citato sopra, può quindi sembrare meno lungo dei circa cinquant'anni che lo separano da *Brown* e *Loving*: la sentenza redatta dal giudice Kennedy è stata considerata «fondamentalmente una riaffermazione del principio di anti-umiliazione stabilito in *Brown*»⁹¹, e il parallelismo diviene particolarmente pronunciato quando il giudice Kennedy enfatizza la «umiliazione» che il Defense of Marriage Act ha imposto su «decine di migliaia di bambini ora cresciuti da coppie dello stesso sesso», disorientandoli nella comprensione dell'«integrità», della «coesione» delle loro famiglie e della relativa «armonia con le altre famiglie»⁹². Si tratta di un lessico — cui la maggioranza in *Obergefell* attinge abbondantemente⁹³ — effettivamente vicino alla «parafrasi virtuale»⁹⁴ delle parole impiegate dal giudice Warren in *Brown* nel denunciare la segregazione scolastica sulla base del fatto che essa procura ai bambini «un senso di inferiorità» circa la propria posizione all'interno della comunità in cui vivono⁹⁵: un lessico fondamentale per portare a emersione quella «dimensione individuale»⁹⁶ che è al centro di queste pronunce.

Il sintetico intreccio di questi precedenti rappresenta la punta emergente di un insieme di problematiche del processo di *constitutional decisionmaking* statunitense così penetranti e qualificanti questo ordinamento da richiedere ben altro tipo di studio. Si pensi soltanto ai differenti livelli di scrutinio della

88 Secondo B. Ackerman questa cornice interpretativa descrive la c.d. *sociological jurisprudence* inaugurata dalla Corte guidata dal giudice Warren: un ultimo tassello di questo percorso (la «nuova luce») sarebbe poi rappresentato da un'argomentazione che spieghi «perché le scienze sociali dovrebbero giocare un ruolo nel diritto costituzionale» — così in *The Civil Rights Revolution* cit., p. 130-133. Avverte però Ackerman (*ivi*, p. 131) che quello del giudice Warren è da considerarsi «semplicemente» un invito rivolto «ai giudici, e a tutti noi», a formulare «*commonsense judgments*» circa il prevalente significato delle dinamiche sociali: «Il contributo di Warren in questa fase dell'argomentazione riguarda il principio costituzionale, non il metodo di giudizio». Sul tema si veda anche, di L. Guinier, G. Torres, *Changing the Wind: Notes Toward a Demosprudence of Law and Social Movements*, in *The Yale Law Journal*, 123, 2740 (2014).

89 Così il giudice Warren, che scrive per una Corte unanime: «Marriage is one of the “basic civil rights of man”, fundamental to our very existence and survival. [...] To deny this fundamental freedom on so unsupportable a basis as the racial classifications embodied in these statutes, classifications so directly subversive of the principle of equality at the heart of the Fourteenth Amendment, is surely to deprive all the State's citizens of liberty without due process of law. The Fourteenth Amendment requires that the freedom of choice to marry not be restricted by invidious racial discriminations. Under our Constitution, the freedom to marry, or not marry, a person of another race resides with the individual, and cannot be infringed by the State», (*Loving*, II, p. 13, citazioni interne omesse).

90 È di questa opinione, vagamente contro-fattualista, B. Ackerman, *ivi*, p. 306.

91 Così B. Ackerman, *ivi*, p. 308.

92 *United States v. Windsor*, 570 U.S. ____ (2013), IV, p. 23: «The differentiation demeans the couple, whose moral and sexual choices the Constitution protects, see *Lawrence*, 539 U.S. 558, and whose relationship the State has sought to dignify. And it humiliates tens of thousands of children now being raised by same-sex couples. The law in question makes it even more difficult for the children to understand the integrity and closeness of their own family and its concord with other families in their community and in their daily lives».

93 In particolare, ma non solo, nel terzo argomento usato dal giudice Kennedy a sostegno del carattere fondamentale del diritto al matrimonio: «A third basis for protecting the right to marry is that it safeguards children and families and thus draws meaning from related rights of childrearing, procreation, and education». E ancora più chiaramente: «Without the recognition, stability, and predictability marriage offers, their children suffer the stigma of knowing their families are somehow lesser. They also suffer the significant material costs of being raised by unmarried parents, relegated through no fault of their own to a more difficult and uncertain family life. The marriage laws at issue here thus harm and humiliate the children of same-sex couples» (*Obergefell*, III, p. 14,15, corsivi aggiunti).

94 Così B. Ackerman, *ivi*, p. 308. Nel caso *Windsor*, sempre secondo Ackerman, il giudice Kennedy non segue il precedente di *Brown* solo su un punto: l'appello alle scienze sociali.

95 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), p. 495: «To separate them from others of similar age and qualifications solely because of their race generates a feeling of inferiority as to their status in the community that may affect their hearts and minds in a way unlikely ever to be undone» (corsivi aggiunti).

96 A. Schillaci «This case is not routine». *La Corte Suprema USA e il same sex marriage, tra tutela dei diritti e limiti della giurisdizione*, su Osservatorio AIC, www.osservatorioaic.it, 2013.

legge in cui si articolano l'interpretazione 'sostantivata' del giusto processo da un lato e quella fondata sulla eguale protezione di fronte la legge dall'altro. Il ragionamento in termini di libertà si pone sotto certi versi in alternativa al ragionamento in termini di eguaglianza: ad esempio, optando per il primo, la Corte del caso *Lawrence* ha stabilito che tutte le restanti proibizioni riguardi i rapporti intimi (tra persone dello stesso sesso) sarebbero state invalide, conseguenza questa che non discenderebbe automaticamente da un approccio basato sullo 'semplice' scrutinio di razionalità proposto dalla giudice Day O'Connor: seguendo questo infatti le leggi che proibivano atti di sodomia sia tra persone dello stesso sesso che tra persone di sesso opposto sarebbero rimaste in vigore. Così ancora la maggioranza della Corte, ragionando in termini di libertà, non ha avuto bisogno di individuare una 'classificazione sospetta' nella considerazione che la norma fa dell'omosessualità degli individui (al pari di quelle classificazioni basate su razza e genere), ciò che avrebbe aperto la strada a uno scrutinio più penetrante. La Corte ha così evitato di affrontare nel caso *Lawrence* il tema della conformità a costituzione del mancato riconoscimento delle unioni tra coppie dello stesso sesso, non pregiudicando gli sviluppi futuri.

L'intreccio è comunque sufficientemente complicato da permettere di cogliere una delle non poche contraddizioni che l'ordinamento statunitense ha espresso a partire dalla seconda metà del secolo scorso, quando non si è trovata una via per metabolizzare la pluralità delle vie tramite cui è stato perseguito il principale obiettivo della lotta per i diritti civili: la costruzione di un «ponte tra diritto e vita» per raggiungere «progressi egualitari» nel «mondo reale»⁹⁷. La 'tattica' di fondare i sindacati circa le conquiste civili cristallizzate nella legislazione prodotta sotto l'amministrazione di Lyndon Johnson esclusivamente sulla oramai pacifica interpretazione data durante New Deal della clausola sulla regolazione del commercio interstatale, pur di raggiungere la simbolica solidità di una Corte unanime, ha sacrificato forse il momento politicamente più propizio a un'interrogazione più profonda (ma anche più divisiva) riguardo le potenzialità della clausola sulla *Equal Protection*⁹⁸.

Come *Lawrence*, anche *Obergefell* appare un «ibrido»⁹⁹: una sentenza fondata sull'interpretazione sostanzialista della clausola sul giusto processo (la libertà è fondamentale e non esiste *process of law* che possa negarla) ma modellata dalle stesse preoccupazioni che richiedono una eguale protezione della legge¹⁰⁰.

4. Osservazioni finali

L'equivoca dicotomia tra libertà ed eguaglianza, il cui superamento è invocato dalla dottrina statunitense¹⁰¹, e che sulla scorta del materiale niente affatto omogeneo elaborato finora dalla giurisprudenza richiederebbe un coraggioso atto di sistemazione, si manifesta con tutta la sua portata lacerante nei dissensi alla sentenza *Obergefell*. Ne è testimonianza il rifiuto dei quattro giudici di ingaggiare un serio confronto sul punto, irritati dall'uso da parte della maggioranza di una retorica ambigua che prima divide graficamente i due argomenti (libertà ed eguaglianza), ma dopo non «spiega» come il secondo

97 Sono termini impiegati da B. Ackerman, *The Civil Rights Revolution* cit., p. 195, secondo il quale la c.d. *Second Reconstruction* era precisamente volta a definire e attuare *egalitarian advances*. Si legga anche un estratto del discorso di Lyndon Johnson alla Howard University nel 1965 (consultabile anche dal seguente sito: <http://hustorage.wrlc.org/disk1/lbjathu/LBJatHU/#6>): «This is the next and the more profound stage of the battle for civil rights. We seek not just freedom, but opportunity. We seek not just legal equity, but human ability; not just equality as a right and a theory, but equality as a fact and equality as a result».

98 Decisivo, secondo B. Ackerman (*ivi*, p. 316), sarebbe stato il rifiuto della Corte Suprema di fare del caso *Heart of Atlanta Motel* (che dichiara conforme a costituzione l'uso della potere federale di regolare il commercio per proibire le discriminazioni razionali nelle *public accommodations*) il *Brown* degli anni '60.

99 Questo aggettivo è riservato alla sentenza *Lawrence v. Texas* in di P. Brest, S. Levinson, J.M. Balkin, A.R. Amar, R.B Siegel, *Process of Constitutional Decisionmaking. Cases and Materials*, V edizione, New York, Aspen Publisher, 2006, p. 1504.

100 Per chiudere con le 'immaginazioni', si segnalano due *Imagined Opinion* che valorizzano esattamente il maggiore rigore giurisprudenziale che sarebbe derivato dal corretto ricorso al ragionamento in termini di eguaglianza: R. Robsons, *Justice Ginsburg's Obergefell v. Hodges*, in *University of Missouri-Kansas City Law Review*, 19 novembre 2015; M.J. Perry, *Obergefell v. Hodges: An Imagined Opinion, Concurring in the Judgment*, Emory Legal Studies Research Paper No. 15-356, 27 giugno 2015.

101 Oltre al già citato Ackerman, il riferimento è soprattutto a L. Tribe che del signor John Lawrence era stato avvocato, e al suo *Lawrence v. Texas: The "Fundamental Right" that Dare not Speak its Name*, in *Harvard Law Review*, 117, p. 1895: «[T]he best we can do now is take the measure of *Lawrence* as a landmark in its own right by placing its logic in the context of the larger project of elaborating, organizing, and bringing to maturity the Constitution's elusive but unquestionably central protections of liberty, equality, and — underlying both — respect for human dignity».

possa «dare peso» alla sua posizione¹⁰². Pur a voler condividere l'esattezza del disappunto¹⁰³, la scelta di ignorare questa vulnerabilità argomentativa della maggioranza, concentrando la polemica sull'uso della screditata *judicial doctrine* del *substantive due process*, se da un lato conferma il carattere divisivo e totalizzante di questo fondamento, dall'altro suggerisce la sensazione generale di una fuga dalle proprie responsabilità culturali da parte degli autori del dissenso, il cui sforzo emotivo consegnato nelle note si concentra nello strumentario concettuale che avrebbe deposto per la non-soluzione del caso (perché 'non è compito' della Corte¹⁰⁴) e sembra approfondirsi principalmente nella prospettiva quando non nell'alimentazione del *backlash effect*¹⁰⁵.

Non viene considerata meritevole di seria analisi, in particolare, la considerazione basilare che la maggioranza fa del valore emancipatorio e inclusivo del matrimonio. I termini di un approfondimento sulla questione erano stati esposti chiaramente almeno dalla corte suprema del Massachusetts più di dieci anni fa¹⁰⁶, ma i dissensi, appellandosi alle tradizioni di Aztechi e Cartaginesi (Roberts)¹⁰⁷, alla filosofia hippie (Scalia), al prerequisito della procreazione (Alito), allo spettro della poligamia (Roberts, Alito), alle 'disposizioni' dei dizionari del XVIII secolo (Thomas), alzano un muro di incomunicabilità che tarpa le potenzialità che invece il *dialogo* dischiude.

È dunque difficile osare una lettura prospettica delle conseguenze della veemenza di questi interventi. Se da un lato tutti i dissenzienti esplicitamente invitano a non accordare rispetto alla sentenza redatta da Kennedy, dall'altro gli argomenti utilizzati potrebbero giocare a loro sfavore: non solo, come si è già ricordato, il richiamo anti-canonico a *Dred Scott* potrebbe aprire in realtà a una valorizzazione del caso *Obergefell* proprio in termini di piena rivendicazione della glorificata *dissenting opinion* del giudice

102 Così il giudice Roberts nel passo citato, *supra*, in nota 78.

103 E motivi invero ce ne sarebbero: non si può non ricordare, come giustamente fa il giudice Roberts, che il Solicitor General degli Stati Uniti, Donald B. Verrilli, durante l'*oral argument* (http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/14-556q1_15gm.pdf, p. 39.40), aveva basato la sua argomentazione esclusivamente sulla 'eguale protezione' cui hanno diritto le coppie omosessuali, espressamente sconsigliando la fondazione sulla clausola del giusto processo. Vale la pena riportare la lucidità del suo pensiero: «Justice Kennedy, forgive me for answering the question this way. We do recognize that there's a profound connection between liberty and equality, but the United States has advanced only an equal protection argument. We haven't made the fundamental rights argument under *Glucksberg*. And therefore, I'm not sure it would be appropriate for me not having briefed it to comment on that». E Quando il giudice Kennedy gli chiede perché non sostenesse la sua tesi su questa base, Verrilli risponde: «Well, because we think that while we do see that there is, of course, this profound connection, we do think that [...] *this issue really sounds in equal protection*, as we understand it, because the question is equal participation in a State conferred status an institution. And that's why we think of it in equal protection terms. And [...] I'd like to suggest this, that what the Respondents are ultimately saying to the Court is that with respect to marriage, they are not ready yet. And yes, gay and lesbian couples can live openly in society, and yes, they can raise children. Yes, they can participate fully as members of their community. Marriage, though, not yet. Leave that to be worked out later. But the Petitioners — [...] these gay and lesbian couples are — ...». Ma qui Scalia interrompe Verrilli: «Or not. Or not. I mean, that's not what they are saying. They are saying leave it to the people. It will be worked out later or not». Al che Verrilli risponde: «But what these gay and lesbian couples are doing is laying *claim to the promise of the Fourteenth Amendment now*. And it is emphatically the duty of this Court, in this case, as it was in *Lawrence*, to decide what the Fourteenth Amendment requires. And what I would suggest is that in a world in which gay and lesbian couples live openly as our neighbors, they raise their children side by side with the rest of us, they contribute fully as members of the community, that it is *simply untenable* [...] to suggest that they can be denied the right of equal participation in an institution of marriage, or that they can be required to wait until the majority decides that it is ready to treat gay and lesbian people as equals. Gay and lesbian people are equal. They deserve the equal protection of the laws, and they deserve it» (corsivi aggiunti).

104 Si segnala l'interesse che può suscitare il dibattito tra il canone interpretativo volto a evitare l'incostituzionalità della legge (ogni qualvolta vi siano elementi per confermarne la conformità a costituzione) e il canone volto a evitare le problematiche costituzionali *tout court*, recentemente riaperto sulle pagine della *Harvard Law Review* (124 n.8, 2015) da N. Kumar Katyal, T. P. Schmidt (*Active Avoidance: The Modern Supreme Court and Legal Change*) e C. Nelson (*Avoiding Constitutional Questions Versus Avoiding Unconstitutionality*).

105 Sulle problematicità del *backlash effect* e sul ruolo che il conflitto tra maggioranza e voti dissenzienti sul «concetto di cultura giuridica» svolge nelle «tensioni che ruotano attorno al riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso», si veda A. Romano, *Diritti e dissenso. Pluralismo politico e resistenze argomentative nella giurisprudenza sul matrimonio tra omosessuali*, in *Omosessualità, eguaglianza, diritti* (a cura di A. Schillaci), Roma, Carrocci editore, 2014, in particolare p. 248-252.

106 *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N.E.2d 941 (Mass., 2003): «That same-sex couples are willing to embrace marriage's solemn obligations of exclusivity, mutual support, and commitment to one another is a testament to the enduring place of marriage in our laws and in the human spirit».

107 Sul riferimento a 'fonti straniere', che quasi aprono una contraddizione in seno ai conservatori della Corte (notoriamente contrari all'uso del diritto di altri ordinamenti per interpretare la Costituzione statunitense) riflette e in parte provoca Z.D. Kaufman, *From the Aztecs to the Kalahari Bushmen. Conservative Justices' Citation of Foreign Sources: Consistency, Inconsistency, or Evolution?*, in *Yale Journal of International Law Online*, Vol. 41, 2015.

Curtis (e così intesa *Obergefell* si porrebbe anzi come l'anti-*Dred Scott*), ma più in generale il trasporto patetico che tutto travolge sembrerebbe rivelare piuttosto l'incapacità di leggere in termini giuridici un caso che la storia un giorno potrà a ragione indicare come una rottura del paradigma.

Certo è che l'articolazione dei conflitti culturali, fondamentali affinché si avvii il dialogo, è al cuore dell'istituto della *dissenting opinion*, poiché il dissenso, se «proiettato all'interno delle Corti», «può rappresentare uno strumento centrale nell'accompagnare i processi di trasformazione sociale, nell'indirizzare le trasformazioni politiche e nel legittimare la Costituzione¹⁰⁸. Gli esercizi dei quattro giudici, invece, difficilmente potranno rappresentare un contributo volto a correggere la motivazione della sentenza nel suo complesso tramite l'indicazione di un percorso più chiaro rispetto alle più o meno coscienziose in-decisioni della maggioranza: soprattutto, come già notato, non si vede come potrebbero inserirsi in quel processo di attuazione della Costituzione nella realtà storica, senza provocare — al contrario — un approfondimento delle fratture ideologiche cui danno sfogo. Quasi che l'estraneità al circuito democratico, dalla quale l'interprete costituzionale si deve ben guardare, fosse stata interpretata come necessità di liberare una visceralità che non può che orientare il lettore critico della sentenza sul caso *Obergefell*, e una futura riflessione sullo stesso tema, verso un suo completo rigetto, preparando il terreno per un tempestivo e opportuno *overruling*: minando il fondamento democratico della sentenza, scendendo dal punto di osservazione istituzionale che dovrebbero occupare, i giudici dissenzienti non si limitano a fornire materiale per una nuova lettura della tormentata portata del principio dello *stare decisis*, ma più radicalmente negano che esso possa trovare applicazione a questo caso usando il netto argomento secondo cui il vincolo a un sistema democratico rende l'intervento della Corte nelle «*marriage wars*»¹⁰⁹ fondamentalmente illegittimo.

108 A. Romano, *ivi*, p. 250.

109 L.H. Tribe, *Equal Dignity: Speaking Its Name*, in *Harvard Law Review Forum* (Vol. 129,16, 2015) p. 25, riferendosi all'argomento principale usato da Chief Justice Kennedy.

Renato Ibrido*

L'argomento sociologico nella giurisprudenza costituzionale in materia di orientamento sessuale. Esperienze e casi

Sommario

1. Premessa – 2. Il concetto di “argomento sociologico”: notazioni preliminari – 3 L'utilizzo, in chiave “conservatrice”, dell'argomento sociologico – 4. Modalità di acquisizione dei dati sociali e principio del “giusto processo costituzionale” – 5. La degradazione degli istituti familiari da “concetti” a “tipi” e i percorsi di gestione della transizione al nuovo paradigma – 6. Verso una conclusione

Abstract

L'integrazione del dato sociale nell'ambito della giurisprudenza in materia di orientamento sessuale — sia pure non senza alcune importanti contraddizioni e zone d'ombra — costituisce un punto di snodo decisivo nella comprensione dei processi di trasformazione delle strategie interpretative delle corti costituzionali. Alla luce di questa premessa, il saggio si propone di mettere in evidenza l'esistenza di una doppia anima — “sovversiva” e “conservatrice” — dell'argomento sociologico.

Despite some shadows and contradictions, the integration of the social element into the jurisprudence on the sexual orientation represents a crucial turning point in the analysis of the transformation processes of the constitutional courts interpretative strategies. In the light of this starting assumption, the essay tries to examine the double soul — “subversive” and “conservative” — of the sociological argument.

1. Premessa

Nella ricostruzione dei percorsi di apertura degli stilemi argomentativi delle corti costituzionali alla considerazione del dato sociale, la giurisprudenza in materia di orientamento sessuale individua un punto di snodo decisivo. La rilevanza assunta dalla “realtà” in questo filone di pronunce ha infatti portato alla ribalta, pur non senza alcune importanti zone d'ombra, il problema della ricerca di possibilità e alternative metodologiche idonee a veicolare nella interpretazione costituzionale i nuovi fatti caratterizzanti le domande di riconoscimento nelle democrazie pluralistiche in trasformazione¹.

* Assegnista di ricerca in Istituzioni di Diritto pubblico presso il Dipartimento di Scienze Politiche della LUISS Guido Carli. renatoibrido@gmail.com. Il saggio rielabora e sviluppa, anche alla luce della giurisprudenza più recente, la ricerca dal titolo “Costituzioni in cammino. Argomento sociologico e orientamento sessuale” già parzialmente anticipata nel volume *Omosessualità, uguaglianza, diritti*, di A. Schillaci (a cura di), Roma, Carocci, 2014, pp. 215 ss. Il contributo viene pubblicato in seguito a referees a doppio cieco.

1 Sul rapporto tra fatto, domande di riconoscimento e interpretazione costituzionale, cfr., da ultimo, R. Bin, *Il fatto nel diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2015, 3, spec. pp. 6-7, il quale sottolinea che «ognuna delle infinite componenti

Ne sono una conferma, da ultimo, alcuni significativi passaggi delle recentissime decisioni *Obergefell v. Hodges*² e *Oliari e altri v. Italia*³.

Appoggiandosi al contributo di diversi amici curiae briefs, la Corte suprema degli Stati Uniti, quasi nella veste di un “sociologo”, ha affermato che «*changed understandings of marriage are characteristic of a Nation where new dimensions of freedom become apparent to new generations (...) This dynamic can be seen in the Nation’s experience with gay and lesbian rights*». A fondamento dell’estensione agli omosessuali del diritto costituzionale di sposarsi, l’opinione della maggioranza ha poi richiamato, fra l’altro, la realtà delle coppie omosessuali con figli, ritenendo che la stabilità e la permanenza del vincolo matrimoniale risponda maggiormente al «*children’s best interests*»⁴.

Quanto al caso *Oliari*, la Corte EDU ha rilevato che il mancato intervento del legislatore italiano in materia di riconoscimento delle unioni omosessuali disattende le indicazioni della «*national community, including the general Italian population (...) The statistics submitted indicate that there is amongst the Italian population a popular acceptance of homosexual couples, as well as popular support for their recognition and protection*». Dunque, «*there exists a conflict between the social reality of the applicants, who for the most part live their relationship openly in Italy, and the law, which gives them no official recognition on the territory*».

Non è questa la sede per commentare tali decisioni. Né, tantomeno, potrò offrire una rassegna compiuta e analitica della intera giurisprudenza in materia di orientamento sessuale⁵. Obiettivo di questo contributo è piuttosto mettere in luce la “doppia anima” assunta in queste sentenze dall’argomento sociologico: da un lato, nelle decisioni che si richiameranno è possibile trovare tracce consistenti di una vocazione “sovversiva” dell’argomento sociologico, di coscienza critica rispetto ai costumi sociali consolidati. Dall’altro lato, peraltro, le virtualità multiple di questo canone sono state utilizzate anche quale strumento di freno al riconoscimento dei diritti delle persone omosessuali.

Perniciosi dunque appaiono quegli approcci i quali tendono a ridurre il problema dell’argomento sociologico a un mero capitolo della più generale contrapposizione fra la galassia delle dottrine “originaliste” e quella delle teorie evolutive (*rectius*, fra metodi legati al tempo della scrittura e metodi legati al tempo dell’interpretazione) così come a quella che divide letture “liberal” e letture “conservatrici” della Costituzione.

Da un lato, infatti, l’argomento sociologico, oltrepassando la polemica classica fra le “scuole” interpretative, sembra aver portato alla luce una serie di questioni metodologiche “trasversali” alle tre gran-

(formazioni) sociali sviluppa una propria aspettativa di tutela e ne imputa il fondamento alla Costituzione. Non sono necessariamente “nuovi” diritti, ma più spesso coniugazione delle vecchie libertà con nuovi fatti — nuovi solo perché sinora non si erano imposti all’attenzione sociale, vuoi perché non era matura l’opinione pubblica, vuoi perché il progresso scientifico non li aveva ancora resi possibili. Questo mi sembra il dato più interessante. Le rivendicazioni dei diritti, nuovi o vecchi che siano, si propongono sempre in relazione a un “fatto” (...) Sposarsi o vedersi riconoscere nei documenti ufficiali la propria identità sessuale non sono certo diritti “nuovi”: sono piuttosto una coniugazione inedita di diritti già acquisiti con situazioni ancora non affrontate dal legislatore “imperiale”, situazioni dietro alle quali emergono rivendicazioni sostenute da formazioni sociali che nella Costituzione cercano il riconoscimento della propria visione dell’assetto dei principi costituzionali».

- 2 Si tratta della decisione del 26 giugno 2015 (redattore: giudice Kennedy) con la quale la Corte suprema, sulla base di una maggioranza di 5 giudici su 9, ha stabilito che le coppie omosessuali possono esercitare il diritto di sposarsi in tutti gli stati membri della federazione. Per un primo commento, cfr. A. Sperti, *La Corte Suprema riconosce il diritto costituzionale al matrimonio delle persone gay e lesbiche*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2015; C. Vitucci, *La sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sul matrimonio omosessuale e il diritto internazionale*, in *SIDIBlog*, www.sidi-isil.org/sidiblog/, 2015.
- 3 Con la decisione del 21 luglio 2015, la IV sezione della Corte europea dei diritti dell’uomo, pur ribadendo che l’estensione del matrimonio alle coppie omosessuali rientra nel margine di apprezzamento degli stati contraenti, ha ritenuto incompatibile con l’art. 8 della Convenzione l’assenza di qualsiasi forma di riconoscimento delle unioni fra persone dello stesso sesso.
- 4 «*Under the laws of the several States, some of marriage’s protections for children and families are material. But marriage also confers more profound benefits. By giving recognition and legal structure to their parents’ relationship, marriage allows children “to understand the integrity and closeness of their own family and its concord with other families in their community and in their daily lives (...) Marriage also affords the permanency and stability important to children’s best interests”*» (*Obergefell v. Hodges* del 26 giugno 2015 in questa Rivista, p. 343).
- 5 Peraltro, per indicazioni di carattere comparativo sulla tutela giurisprudenziale dei diritti familiari degli omosessuali, nella vasta letteratura, cfr. almeno R. Torino, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali nel diritto comparato, europeo e italiano*, Torino, Giappichelli, 2012; *Omosessualità, uguaglianza, diritti*, A. Schillaci (a cura di), cit.; F. Mastromarino, *Il matrimonio conteso. Le unioni omosessuali davanti ai giudici delle leggi*, Napoli, Editoriale scientifica, 2014, pp. 39 ss.; A. Sperti, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali e il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Pisa, Pisa university press, 2013; *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino (eds.), Heidelberg, Springer, 2014; C. Vitucci, *La tutela internazionale dell’orientamento sessuale*, Napoli, Jovene, 2012. Per una guida introduttiva alla lettura di alcuni materiali giurisprudenziali e legislativi, cfr. anche il dossier di R. Ibrido, A. Romano, A. Schillaci, *Same sex marriage e riconoscimento delle unioni fra persone dello stesso sesso: materiali di diritto comparato*, in *Osservatorio AIC*, www.osservatorioaic.it, 2013.

di contrapposizioni dicotomiche dell'interpretazione giuridica: testo/contesto⁶, tempo della scrittura/tempo dell'interpretazione⁷, autore/destinatario⁸.

Dall'altro lato, inoltre, il canone sociologico può essere astrattamente utilizzato — ed è stato in concreto utilizzato — sia in una prospettiva di protezione ed estensione dei diritti delle persone omosessuali, sia nell'ambito di percorsi ermeneutico-argomentativi ostili a pratiche di autodeterminazione affettiva incompatibili con gli assetti familiari tradizionali.

Alla luce di queste premesse, mi soffermerò innanzitutto sul concetto di argomento sociologico e sui suoi legami con alcuni canoni argomentativi affini (par. 2); nella seconda parte cercherò invece di evidenziare come l'argomento sociologico sia stato utilizzato anche in chiave di difesa dei paradigmi familiari tradizionali (par. 3), occupandomi inoltre delle modalità attraverso le quali vengono acquisiti al giudizio costituzionale i dati sociali (par. 4); infine, dopo alcune considerazioni sulle tecniche di gestione della transizione dai vecchi ai nuovi paradigmi (par. 5), proporrò alcune riflessioni conclusive, sebbene di carattere interlocutorio (par. 6).

Occorre chiarire fin da subito che la selezione ragionata di precedenti che verrà offerta nel corso del contributo prenderà in considerazione esperienze di giustizia costituzionale caratterizzate da regole processuali, tecniche di lavoro sul precedente, stili di redazione delle sentenze e modalità di formazione del giudice profondamente eterogenee. Per esempio, non si può trascurare la variabile costituita dalla *dissenting opinion*: in linea di tendenza, le corti prive di questo istituto risultano maggiormente impermeabili rispetto alla ostentazione dei dati sociali nel giudizio di costituzionalità. Dal mio punto di vista, peraltro, la circostanza che tali elementi di diversità non abbiano impedito il formarsi di significativi contatti, contaminazioni, interazioni e talvolta perfino convergenze nell'uso dell'argomento sociologico amplifica e non già riduce l'utilità di uno studio comparativo a tutto campo.

So bene che una parte della dottrina comparatistica ha cercato di imbrigliare la selezione dei casi studio secondo rigorosi criteri logici⁹. A me sembra, tuttavia, che sul terreno dei diritti legati alla sfera

-
- 6 Gli approcci legati al testo non costituiscono un blocco omogeneo. In questo macro-filone convergono indirizzi talvolta anche profondamente differenti, ma che nel complesso sono accomunati dal tentativo di porre l'accento su elementi in varia misura connessi con il c.d. "codice linguistico". Per farla breve, il dato grammaticale e sintattico. Quanto agli approcci legati al contesto, in via di prima approssimazione è possibile individuare due fondamentali declinazioni delle correnti tese a ridimensionare il peso dell'elemento grammaticale e sintattico: il pragmatismo (o contestualismo) — per il quale il significato di un enunciato si ricollega a parametri di volta in volta connessi con il contesto sociale *in progress* — e le impostazioni metodologiche fondate sulla centralità dell'interpretazione sistematica.
 - 7 La contrapposizione dicotomica "tempo della scrittura/tempo dell'interpretazione" solo in parte si sovrappone a quella fra testo e contesto. Non necessariamente, infatti, il testualismo si configura come un approccio di tipo statico-genetico. Basti pensare ai filoni testualisti che ammettono una evoluzione del significato della norma in correlazione al mutamento semantico registrato dagli enunciati contenuti nel testo. Inoltre, se è vero che anche gli indirizzi legati all'intenzione del legislatore sono nella maggior parte dei casi espressione di una prospettiva statica e genetica, è altresì vero che non mancano orientamenti che guardano alla volontà ipotetica del legislatore. In altri termini, tali correnti, dinnanzi al problema del mutare dei contesti economici, politici e culturali, ricorrendo ad un argomento controfattuale, tentano di enucleare le scelte che l'autore avrebbe compiuto qualora egli avesse potuto considerare i nuovi problemi e situazioni intervenute dopo il momento della produzione del testo. Infine, sul versante opposto, è necessario tenere conto di tutti gli indirizzi legati al tempo della scrittura che rifiutano di chiudere il proprio orizzonte di ricerca ad una prospettiva di tipo testuale: è il caso della variante psicologista dell'originalismo, così come degli approcci che valorizzano il contesto storico originario in cui è stata prodotta la norma.
 - 8 L'eterogeneo gruppo di orientamenti di ricerca che sposano un approccio interpretativo legato all'autore muovono dalla premessa che esista un polo esclusivo nella formazione del diritto (scritto) e che il compito dell'interprete sia quello di ricostruirne, talvolta in chiave psicologista come nel caso di alcune correnti dell'originalismo statunitense, la volontà, l'intenzione o lo spirito dell'autore del diritto. Secondo il Savigny del *System*, ad esempio, interpretare significa porsi concettualmente nella posizione del legislatore e ripetere artificialmente in sé l'attività di questi. Gli approcci metodologici legati al destinatario sono invece accomunati da una immagine del fenomeno giuridico nella quale è riconosciuta ai consociati la possibilità di collaborare alla co-determinazione del senso da attribuire alla norma nonché alla identificazione dei percorsi di riconoscimento del diritto. Basti pensare agli indirizzi che attribuiscono un ruolo nevralgico al «punto di vista pratico» (o «interno»), ossia al punto di vista di coloro che «usano» il diritto. La prima teoria che si è aperta consapevolmente a questa prospettiva è, come è noto, quella di Herbert Hart, il quale ha posto l'accento sugli atteggiamenti e i comportamenti di coloro che assumono il diritto come guida delle loro azioni nel riconoscimento del diritto valido.
 - 9 Mi riferisco in particolare al noto lavoro di R. Hirschl, *The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2005, pp. 125 ss. Quanto al rapporto fra i criteri di controllo della comparazione giudiziaria e quelli impiegati dagli studi comparatistici, è merito di Repetto aver posto in evidenza la necessità di studiare i primi attraverso una prospettiva di ricerca non del tutto radicata sul terreno metodologico proprio della scienza comparatistica, ma neppure distaccata integralmente da quest'ultima. In altri termini, se è indubbio che anche la comparazione del giudice richieda l'elaborazione di standard adeguati, ciò non significa peraltro che tali criteri metodologici debbano coincidere con quelli imposti dalla comunità scientifica alla letteratura comparatistica (G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali*

dell'orientamento sessuale ancor più che in altri campi di studio occorra rifuggire da rigidi tentativi di "burocratizzazione" della comparazione giuridica, la quale invece deve sapersi misurare dinamicamente con il fondamentale prisma dell'"esperienza giuridica"¹⁰ nonché con le radici storico-culturali delle "migrazioni costituzionali"¹¹. Un fenomeno, quest'ultimo, che sarebbe velleitario cercare di ricostruire attraverso geometrici parametri selettivi e il quale richiede invece piena consapevolezza dello spessore culturale dei processi di comunicazione fra esperienze costituzionali¹².

2. Il concetto di "argomento sociologico": notazioni preliminari

L'espressione "argomento sociologico" indica, nell'ambito di questo contributo, il canone metodologico il quale — attraverso il riferimento a dinamiche sociali — esprime oppure oscura una ragione di giudizio che, sebbene esterna al dato testuale, si ripercuote sull'interpretazione di quest'ultimo e dunque sulla soluzione del caso *sub iudice*.

L'argomento sociologico, inteso secondo questo significato ampio e non ristretto all'uso della sociologia da parte del giudice, ha radici antiche. Già nel 1908, nella decisione *Muller v. State of Oregon*¹³, la Corte suprema statunitense, facendo riferimento al suddetto canone, e aderendo alla linea difensiva proposta dall'avvocato Brandeis, confermò la legittimità costituzionale della legge che stabiliva un tetto di ore massimo per le donne lavoratrici. Ad avviso della Corte, infatti, la fragilità della condizione fisica femminile e l'esigenza di tutela della funzione della maternità giustificavano l'adozione di misure volte ad arginare «l'ovvia» condizione di «svantaggio nella lotta» delle donne «per la sussistenza».

Nel 1953, in *Brown v. Board of Education*, altro *leading case* deciso sulla base dell'argomento sociologico, la Corte suprema affermò che la segregazione razziale dei bambini nelle scuole pubbliche privava gli studenti afroamericani di pari opportunità educative, anche laddove le scuole loro riservate fossero state in grado di assicurare *standard* non inferiori agli istituti riservati agli studenti bianchi. La dottrina del "*separate but equal*" veniva così superata sulla base del rilievo che la segregazione razziale provocava «l'insorgere di un sentimento di inferiorità riguardo al proprio *status* nella comunità, il quale può incidere sulla personalità» dello studente «in modo irreversibile»¹⁴.

Come emerge con particolare evidenza dalla giurisprudenza in materia di orientamento sessuale, l'integrazione del dato sociale nel contenzioso costituzionale non necessariamente ambisce a esprimere

in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale, Napoli, Jovene, 2011). Contra, G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, Il Mulino, 2010.

- 10 Sul concetto di "esperienza giuridica" d'obbligo è il riferimento a R. Orestano, *Della "esperienza giuridica" vista da un giurista*, in Id., *Diritto. Incontri e scontri*, Bologna, Il Mulino, 1981, pp. 487 ss. In argomento, cfr. anche E. Opocher, *Esperienza giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, XV, Milano, Giuffrè, pp. 735 ss.; G. Capograssi, *Studi sull'esperienza giuridica*, Roma, Maglione, 1932, ora anche in Id., *Opere*, II, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 245 ss.; A. Giuliani, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1957; G. Fassò, *La storia come esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1953; A. Punzi, *Dialogica del diritto: studi per una filosofia della giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 1999, spec. pp. 77 ss.
- 11 Cfr. P. Haeblerle, *Die Entwicklungsstufe des heutigen Verfassungsstaates*, in Id., *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Berlino, Duncker & Humblot, 1992, pp. 105 ss., secondo il quale lo stato costituzionale si sta sviluppando nel quadro di un globale processo di produzione e recezione, di interazione mondiale fra costituzioni, sicché i testi costituzionali vengono "scambiati", sviluppati, migliorati e integrati nei rispettivi contesti nazionali. Una proposta teorica, quest'ultima, profondamente agli antipodi rispetto a quella individuata dalla dottrina dei "*legal transplants*" (A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, Scottish Academic Press, 1974). Per una sottolineatura di come i processi di comunicazione fra esperienze costituzionali non si esauriscano nella recezione meccanica di testi e formanti, ma debbano essere studiati nella loro natura dinamica e dialettica, cfr. altresì S. Choudry (a cura di), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 2006, al quale si deve l'immagine delle "migrazioni costituzionali".
- 12 Sul rapporto fra "paradigma comunicativo" e "paradigma interattivo", cfr. P. Ridola, *Il "dialogo tra le corti": comunicazione o interazione?*, in *Percorsi costituzionali*, 2012, 3, pp. 273 ss. Per la sottolineatura di come il comparatista non sia un semplice «*répétiteur*» di diritti stranieri ma uno studioso che si muove nella prospettiva di una «*confrontation radicale avec l'altérité en droit*», cfr. P. Legrand, *Droit comparé*, Paris, Presses universitaires de France, 1999, pp. 8 ss., e spec. pp. 36 ss.
- 13 *Muller v. State of Oregon*, 208 U.S. 412 (1908), sulla quale, cfr. R. Schlesinger – H.B. Baade – P.E. Herzog – E.M. Wise (eds.), *Comparative Law. Cases, text, materials*, New York, Foundation Press, 1998, pp. 8 ss.
- 14 *Brown v. Topeka Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954), rip. in *Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti. I giudici Warren e Burger*, J. Greenbaum (a cura di), Milano, Giuffrè, 1992, pp. 2 ss. Definisce *Brown* come il caso giurisprudenziale più importante degli ultimi cento anni D.A. Strauss, *The Living Constitution*, New York, Oxford University Press, 2010, spec. pp. 5 e 77 ss.

un canone di primo grado. Talvolta l'impiego dell'argomento sociologico mira piuttosto a oscurare una ragione di giudizio ritenuta inidonea a ripercuotersi sull'interpretazione della norma costituzionale.

È questo il caso della sentenza del 16 agosto 2010 con la quale la Suprema Corte messicana ha riconosciuto la costituzionalità della legge sul matrimonio omosessuale introdotta dal Distretto federale di Città del Messico¹⁵. Richiamando le opinioni tecniche formulate dall'Università nazionale autonoma del Messico, la Corte ha evidenziato che all'epoca in cui fu redatto l'art. 4 della Costituzione, gli omosessuali — data la disapprovazione sociale verso orientamenti sessuali considerati non di rado alla stregua di vere e proprie malattie — mantenevano celata la propria omosessualità. Questo «*hecho innegable*» ha consentito dunque ai giudici supremi di de-contestualizzare e ricontestualizzare la scelta normativa operata dalla Costituzione, la quale non ha previsto (ma neppure escluso espressamente), forme di tutela per modelli familiari che di fatto erano occulti al momento in cui fu redatto l'art. 4. In altre parole, allorché la valutazione del legislatore (costituzionale) sia stata assunta in mancanza di quegli elementi scientifici necessari ad una corretta comprensione del fenomeno sociale oggetto dell'intervento normativo, le interpretazioni legate all'autore ed al tempo della scrittura sarebbero da considerare come degli itinerari ermeneutici difficilmente percorribili nella ricostruzione del dato positivo¹⁶.

Gli argomenti sociologici, storici, scientifici, culturali e consequenzialisti costituiscono alcune delle manifestazioni più evidenti della tendenza alla valorizzazione del pluralismo disciplinare negli stilemi argomentativi delle corti, ponendo in luce il carattere forse troppo angusto della tradizionale dicotomia *adjudicative facts* / *legislative facts*. Come è noto, mentre i primi sono fatti che riguardano direttamente le parti del processo, i secondi integrano fatti generali che rilevano indipendentemente dal loro collegamento con il caso *sub iudice* e che non sono acquisibili attraverso i soli strumenti dell'interpretazione di testi giuridici¹⁷.

Il rapporto fra l'argomento sociologico e gli altri canoni sopra menzionati appare per alcuni aspetti sfumato, ponendosi in termini di complementarità piuttosto che non di reciproca esclusione¹⁸.

Con l'"argomento storico" (*rectius*, argomento fondato sull'uso della storia) si intende non un appoggio legato alla volontà dell'autore — secondo l'accezione di Savigny¹⁹ — bensì quella «pratica di interpretazione contestuale che valorizza i riferimenti alla storia» — ed in particolare alle tradizioni ed al passato di un popolo — «nella ricostruzione dei casi e nelle motivazioni delle decisioni giudiziarie»²⁰.

Sul punto, ricordo la polemica sull'uso della storia nella interpretazione costituzionale che ha contrapposto l'indirizzo sviluppato nella sentenza *Bowers v. Hardwick* (1986) e quello definito dalla successiva *Lawrence v. Texas* (2003). Con la prima decisione, la Corte suprema degli Stati Uniti ebbe modo di affermare che «*against a background in which many States have criminalized sodomy and still do, to claim that a right to engage in such conduct is "deeply rooted in this Nation's history and tradition" [...] is, at best, facetious*». Evidenziando l'imprecisa ricostruzione delle radici storiche e culturali delle *sodomy laws* proposta da

15 Sulla sentenza del 16 agosto 2010, sia consentito rinviare a R. Ibrido, *La Corte suprema messicana tra processi di precomprensione comparativa e integrazione del dato sociale: la sentenza sul matrimonio homosexual*, in *Ianus*, 4, 2011, pp. 206 ss., disponibile su www.unisi.it/ianus, ora anche in versione spagnola con il titolo *La Corte suprema mexicana tras los procesos de precomprensión comparativa e de integración del elemento social: la Sentencia sobre el "matrimonio homosexual"*, in *Revista de derecho constitucional europeo*, 2012, 17.

16 Vi è da chiedersi peraltro, se, sullo sfondo dell'argomentazione sviluppata dalla Corte messicana, non si celi una linea di ragionamento "contro-fattuale" tesa a valorizzare la volontà ipotetica del costituente nell'ambito dell'attuale contesto storico. Invero, se si tiene conto dell'impostazione complessiva della sentenza, più che alla volontà ipotetica del legislatore storico, la Corte messicana sembra aver guardato al dato sociale considerandolo come un canone interpretativo di secondo grado, o più precisamente come una sorta di meta-criterio interpretativo attraverso il quale determinare le regole di esclusione fra i canoni di primo grado.

17 Sulla distinzione fra *adjudicative facts* e *legislative facts*, cfr. K.C. Davis, *An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process*, in *Harvard Law Review*, 1942, pp. 364 ss.; R. Bin, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, Giuffrè, 1988, spec. pp. 334 ss.; T. Groppi, *La Corte costituzionale tra "fatto legislativo" e "fatto sociale"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, spec. pp. 2803.

18 Va da sé che l'argomento sociologico è spesso utilizzato in combinazione con altri canoni interpretativi, quali ad esempio l'argomento comparativo e quello internazionale. Parlare di "pluralismo disciplinare" con riferimento a queste ultime due figure argomentative appare tuttavia estremamente riduttivo (se non addirittura provocatorio), trattandosi di strumenti che appartengono *ab initio* al bagaglio metodologico del giurista. In ogni caso, sulle intersezioni fra argomento sociologico e argomento comparativo si ritornerà più volte nel corso del contributo (cfr. in particolare *infra* par. 6).

19 F.C. Von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, Veit und Comp., 1840, tr. it.: *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, Unione tipografica editrice, 1886.

20 A. Buratti, *L'uso della storia nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it 2012, 2, pag. 3.

Bowers, con la sentenza *Lawrence* la Corte suprema ha proceduto a un *overruling* della precedente decisione, sottolineando in particolare che la storia e la tradizione — argomenti decisivi nell’impianto di *Bowers* — devono essere considerati come dei punti di partenza e mai di arrivo del discorso giuridico²¹.

In ogni caso, l’argomento storico diviene anche argomento sociologico nel momento in cui i riferimenti alla storia impiegati dal giudice non si esauriscano in una ricognizione dell’evoluzione normativa e istituzionale di una esperienza giuridica, ma in qualche misura si estendano anche all’osservazione della realtà sociale e delle sue dinamiche di sviluppo.

Un esempio della possibile coincidenza di queste due tecniche può essere rintracciato, fra l’altro, nel *reference* “*Re Same-Sex Marriage*”²², con il quale la Corte suprema canadese nel 2004 ha evidenziato la non spendibilità della definizione di matrimonio impiegata da *Hyde v. Hyde and Woodmansee* del 1866²³. Quest’ultimo precedente era maturato infatti in un contesto storico nel quale il matrimonio e la religione «*were thought to be inseparable*», sicché la vecchia “*common law definition*” di matrimonio non poteva considerarsi compatibile con i successivi itinerari evolutivi intrapresi dalla società canadese²⁴.

Inoltre, l’argomento sociologico si sovrappone in parte al canone che nell’ambito di questo lavoro verrà definito “argomento scientifico”, ossia l’approccio metodologico attraverso il quale il significato del testo viene ricostruito alla luce dei dati scientifici raccolti o elaborati nelle ricerche dei non giuristi. Precisamente, l’argomento sociologico coincide con quello scientifico ogni qualvolta l’interpretazione delle dinamiche sociali proceda da un espresso richiamo delle indagini condotte da esperti anziché da un autonomo riferimento del giudice a circostanze sociali considerate alla stregua di fatti notori o di elementi immanenti alla “natura delle cose”²⁵, e in ogni caso ritenuti tali da non dover essere motivati sulla base delle informazioni acquisite dalle autorità scientifiche.

Una particolare valorizzazione dell’elemento scientifico è stata segnalata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo. Nella sentenza *Fretté c. Francia*²⁶ relativa al problema dell’adozione da parte degli omosessuali, la Corte EDU ha chiarito che, in mancanza di accordo nella comunità scientifica in merito all’impatto psicologico che l’inserimento in una famiglia omosessuale è in grado di determinare sul minore, deve essere riconosciuto ai legislatori nazionali un più ampio margine di apprezzamento. Tale decisione ha in sostanza sperimentato una variante della tecnica del *consensus*

21 Ponendo l’accento sul grado di disapprovazione che questa massima ha ricevuto nella società americana, e appoggiandosi altresì a un argomento di carattere comparativo, *Lawrence* ha rilevato che in una relazione affettiva il comportamento sessuale integra uno degli elementi costitutivi di un legame stabile. Da qui l’incostituzionalità della legge texana. Proprio quest’ultimo argomento di carattere sociologico è stato oggetto di un riferimento adesivo da parte di *United States v. Windsor* del 26 giugno 2013, con la quale la Corte suprema ha affermato l’incostituzionalità della *Section 3* del *Defense of Marriage Act* (DOMA). Sul tema dell’uso della storia nella interpretazione costituzionale è tornata infine la decisione *Obergefell*, la quale ha evidenziato che «*history and tradition guide and discipline this inquiry but do not set its outer boundaries*».

22 Sul *reference* “*Re Same-Sex Marriage*” del 9 dicembre 2004 e sulla giurisprudenza canadese in materia in orientamento sessuale, cfr. P. Hogg, *Canada: The Constitution and same-sex marriage*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2006, 4, pp. 712 ss.; E. Mostacci, *Different Approaches, Similar Outcomes: Same-Sex Marriage in Canada and South Africa*, in *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino (eds.), cit., pp. 73 ss.; L. Marfoli, *Il same-sex marriage nel quadro della giurisprudenza della corte suprema canadese*, in *Ianus*, 2011, 4, pp. 83 ss.

23 Come si legge in *Hyde*, «*Marriage as understood in Christendom is the voluntary union for life of one man and one woman, to the exclusion of all others*».

24 Un ulteriore esempio di uso dell’argomento storico — sebbene ancorato all’osservazione dell’evoluzione normativa in materia — può essere rintracciato nel passaggio della memoria dell’Avvocatura dello Stato (pag. 19) nell’ambito del ricorso contro la legge sul matrimonio omosessuale deciso dal *Tribunal Constitucional* spagnolo (STC 198/2012). Secondo l’*Abogado del Estado*, una interpretazione etimologica dell’art. 32 CE risulterebbe impraticabile, in quanto il mancato riferimento della disposizione costituzionale all’eventuale omosessualità dei coniugi trovava giustificazione nel fatto che in passato l’omosessualità era stata presa in considerazione dall’ordinamento giuridico esclusivamente per finalità repressive.

25 Individua nella “natura delle cose” «quella dottrina o quelle diverse dottrine che considerano possibile derivare dalla conoscenza dei caratteri rilevanti di alcune realtà sociali la disciplina giuridica più adatta a esse, indipendentemente da atti soggettivi di scelta» V. Omaggio, *Natura della cosa*, in *Enciclopedia filosofica*, VIII, Milano, Bompiani, 2006, pp. 7759 ss., secondo il quale «poiché non ci si riferisce a oggetti materiali, bensì a fatti sociali (da cui l’altra formula equivalente di “natura dei fatti”), la loro natura non è data dall’essenza, ma dal complesso dei caratteri empirici presenti nei fatti sociali di un determinato tipo. Tali caratteri sono perciò rilevabili in termini descrittivi e non metaempirici (che risulterebbero “giusnaturalistici”), e nel contempo, rappresentano fonti normative per il contesto cui appartengono». Un esempio di impiego dell’argomento della “natura delle cose” nella giurisprudenza in materia di orientamento sessuale può essere rintracciato nella decisione della Corte suprema indiana dell’11 dicembre 2013 (cfr. *infra* par. 3). Sull’argomento della “natura delle cose”, cfr. anche G. Radbruch, *La natura delle cose come forma giuridica di pensiero*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1941, 19, pp. 145 ss.; N. Bobbio, *La natura delle cose*, in *Id.*, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965, pp. 197 ss.

26 Corte Edu, *Fretté c. Francia*, sentenza del 26 febbraio 2002, ric. n. 36515/97.

*standard*²⁷ la quale trovava applicazione all'interno della comunità scientifica anziché, come di consueto, nell'ambito di una comparazione fra le legislazioni nazionali²⁸.

Diverso è invece il percorso argomentativo seguito nella sentenza *X. e altri c. Austria*²⁹. Secondo la Corte EDU, in mancanza «di studi scientifici o di altri elementi di prova in grado di dimostrare che le famiglie omoparentali non possono in alcun caso occuparsi di un figlio» va considerata illegittima la disparità di trattamento nell'accesso all'adozione. In altre parole, con una inversione rispetto al caso *Fretté* dell'"onere della prova scientifica", la Corte ha assunto il mancato impiego dell'argomento sociologico a figura sintomatica della impraticabilità di una determinata soluzione interpretativa.

Non è da escludere, inoltre, che potenziali profili di sovrapposizione possano emergere con riferimento al rapporto fra l'argomento sociologico e i procedimenti intellettuali attraverso i quali il giudice opera nella veste di interprete dei conflitti che intercorrono tra la maggioranza della società e le minoranze culturali: si tratta, per farla breve, del c.d. "argomento culturale", per il quale Ilenia Ruggiu ha evocato l'immagine del "giudice antropologo"³⁰. In linea di massima, infatti, queste tecniche di composizione giurisprudenziale dei conflitti multiculturali presuppongono l'attivazione di processi argomentativi guidati dall'analisi delle dinamiche sociali.

Infine, si considerino le importanti affinità fra argomento sociologico e il "canone consequenzialista", vale a dire il riferimento «alle conseguenze pratiche mediate (di secondo grado), esterne al sistema giuridico, che la decisione ipotizzata presumibilmente produrrebbe nel tessuto sociale»³¹. Invero, l'argomento consequenzialista, e in particolare quello fondato sull'analisi economica del diritto³², ha una portata più ristretta rispetto a quello sociologico, in quanto solo in alcuni casi quest'ultima figura argomentativa finisce per elevare la realtà sociale a parametro di un giudizio prognostico.

Resta inteso che la "mappa" degli argomenti sviluppata ai fini di questo contributo va presa con giudizio. Come d'altronde ha osservato Alexy³³, a tutt'oggi nessuna classificazione degli argomenti trova un consenso generale. Rispetto al quadro confuso e incerto di proposte lessicali, vi è da chiedersi se non abbia colto nel segno quella dottrina che ha denunciato l'esistenza di un certo demone classificato-

27 Sulla tecnica del *consensus standard* (c.d. "common ground"), cfr. J. García Roca, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2010, spec. pp. 146 ss.; Y. Arai-Takahashi, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2002; G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, cit., 2011, pp. 115 ss.; Sui metodi di interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, cfr. inoltre B. Randazzo, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, Giuffrè, 2012, spec. pp. 78 ss.; G. Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, OUP, 2007.

28 In materia di diritti dei transessuali va segnalata invece la decisione *Christine Goodwin c. Regno Unito* del 2002 con la quale la Corte EDU ha utilizzato esplicitamente il dato scientifico a sostegno di un *revirement* rispetto alla propria precedente giurisprudenza. Tale decisione rivela in particolare la centralità dell'evoluzione della ricerca scientifica ai fini di una attualizzazione dell'interpretazione delle disposizioni della Convenzione.

29 Corte Edu, *X. e altri c. Austria*, sentenza del 19 febbraio 2003, ric. n. 19010/07.

30 I. Ruggiu, *Il giudice antropologo: costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano, Franco Angeli, 2012.

31 L. Mengoni, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 91 ss. e spec. pag. 95. In relazione al canone «che permette di valutare un atto o un evento in funzione delle sue conseguenze favorevoli o sfavorevoli» utilizzano l'espressione "argomento pragmatico" C. Perelman – L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, tr. it.: *Trattato dell'argomentazione*, Torino, Einaudi, 2013, pag. 288. In ogni caso, al di là delle denominazioni, occorre evidenziare il collegamento di questo canone con la weberiana "etica della responsabilità", ossia con un atteggiamento per il quale «si deve rispondere delle conseguenze prevedibili del proprio agire» (M. Weber, *La politica come professione* [1919], in Id., *La scienza come professione. La politica come professione*, Torino, Einaudi, 2004, spec. pag. 109). Sull'estensione fattuale del fenomeno dell'interpretazione e argomentazione consequenzialista, cfr. anche N. Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt/Main, Suhrkamp Verlag, 1981, tr. it.: *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1990, pp. 75 ss.

32 Insiste sull'importanza dell'analisi economica del diritto — e più in generale degli studi di diritto compiuti da non giuristi — S. Cassese, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2006, 3, pp. 597 ss. e spec. pag. 609, il quale osserva che questa metodologia richiede «studiosi meno obbedienti verso le norme, perché non le esaminano per la loro coerenza con altre norme, bensì per la loro congruenza con una funzione. Per un caso esemplare di analisi funzionale, cfr. lo studio di G. Calabresi, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Milano, Giuffrè, 1975. Mette in guardia da una adesione incondizionata all'analisi economica del diritto S. Ortino, *La struttura delle rivoluzioni economiche*, Bari, Cacucci, 2010, spec. pp. 20 ss. Per l'opposto tentativo di introdurre il diritto all'interno dell'analisi economica, cfr. il noto teorema di R.H. Coase, *La struttura istituzionale della produzione* [1991], ora in Id., *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, Il Mulino, 1995, pp. 337 ss..

33 R. Alexy, *Interpretazione giuridica*, in *Enciclopedia giuridica delle scienze sociali*, Roma, Treccani, 1996, pp. 64 ss. e spec. pp. 97 ss.

re nella letteratura giuridica. A tale obiezione non sfugge, probabilmente, neppure questo contributo, sebbene l'obiettivo dell'indagine non sia quello di inserirsi nel travagliato dibattito sulle strategie di classificazione dei canoni argomentativi, ma al contrario di individuare alcuni "punti di partenza" in grado di rendere visualizzabile un insieme di problemi molto complesso, offrendo così una immagine, sia pure approssimativa, dello spazio ermeneutico all'interno del quale è chiamato a muoversi il giudice nelle decisioni in materia di orientamento sessuale.

In ogni caso, quale che la sia la corretta identificazione degli elementi morfologici alla base di ciascuno di questi canoni, occorre ribadire che solo in parte la collocazione degli argomenti sociologici, storici, scientifici, culturali e consequenzialisti fra gli argomenti meta o extra-giuridici può dirsi appagante. Nel riproporre vecchie paratie rigide fra diritto e altre sfere di esperienza, infatti, il riferimento al carattere "extra-giuridico" dell'argomentazione sembrerebbe condurre ad una sottovalutazione dell'impatto "normativo" dei dati sociali, economici e culturali, quando invece essi costituiscono un tassello imprescindibile del discorso giuridico.

A ulteriore conferma dell'impossibilità di tracciare una linea di separazione netta fra argomenti "giuridici" e argomenti "extra-giuridici" è possibile osservare che in realtà gli stessi fautori del mantenimento di un registro rigorosamente giuridico nell'ambito del contesto di giustificazione si avvalgono, talvolta, di argomenti difficilmente collocabili all'interno dell'una o dell'altra categoria. Il riferimento è all'argomento etimologico fondato sulle definizioni contenute nei dizionari di lingua, il quale è utilizzato per lo più dai c.d. "originalisti" e che nel giudizio sulla costituzionalità del matrimonio omosessuale in Spagna è stato introdotto dai ricorrenti attraverso il riferimento alla definizione di matrimonio riscontrabile nel *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*. Una tecnica argomentativa — ha osservato Lucilla Conte — la quale presenta «una tendenza alla conservazione, tanto in entrata, quanto in uscita» e che «rappresenta uno strumento di cui il giudice può, legittimamente, servirsi, mantenendo tuttavia uno sguardo critico»³⁴.

3. L'utilizzo, in chiave "conservatrice", dell'argomento sociologico

Non vi è dubbio che la giurisprudenza in materia di uguaglianza e non discriminazione abbia costituito un laboratorio privilegiato all'interno del quale sperimentare le principali tecniche di impiego dell'argomento sociologico. Infatti, sia quando erano in gioco i diritti delle donne sia quelli dei neri o delle coppie omosessuali, l'argomentazione su basi sociologiche ha saputo individuare uno dei più dirompenti percorsi di rimozione dei fattori di discriminazione, finendo così per chiamare in causa la fondamentale funzione di integrazione della comunità politica svolta dall'interpretazione costituzionale.

Pertanto, secondo un luogo comune ricorrente, l'integrazione del dato sociale nei giudizi costituzionali avrebbe consentito sempre e comunque di veicolare nella giurisprudenza delle corti le domande di riconoscimento di pari dignità sociale formulate da persone e famiglie omosessuali. Per converso, la mancata valorizzazione del dato sociale avrebbe coinciso necessariamente con una giurisprudenza ostile a pratiche di autodeterminazione affettiva incompatibili con gli assetti familiari tradizionali.

Non di rado, questa schematica e ingannevole "mappa" della giurisprudenza costituzionale in materia di orientamento sessuale è stata poi accompagnata dalla identificazione degli approcci interpretativi sensibili al testo e/o al "tempo dell'autore" con un necessario fattore di resistenza all'ampliamento degli spazi di libertà e garanzia degli omosessuali.

Invero, una lettura, anche superficiale, di alcune delle principali pronunce in materia di orientamento sessuale sembra squadernare scenari decisamente più complessi.

Beninteso, è senz'altro vero che le corti maggiormente attive nella protezione delle persone omosessuali e della loro vita familiare si sono spesso appoggiate a dati sociali e a interpretazioni orientate al contesto. Anzi, sul piano quantitativo, si tratta della linea di tendenza probabilmente prevalente all'interno della giurisprudenza, per così dire, più "liberal".

Ricordo, a titolo meramente esemplificativo, il già citato *reference "Re Same-Sex Marriage"* della Corte suprema canadese del 2004³⁵, nell'ambito del quale l'integrazione del dato sociale all'interno del giu-

34 L. Conte, *La sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo del 6 novembre 2012 sul matrimonio omosessuale*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, 1, pp. 149 ss. e spec. pag. 152.

35 Il matrimonio fra persone dello stesso sesso è stato introdotto in Canada con il *Civil Marriage Act* del 2005, il quale ha definito il matrimonio come «*the lawful union of two persons to the exclusion of all others*». L'approvazione della legge era stata tuttavia preceduta da una *advisory opinion* della Corte suprema, richiesta dal Governo, con la quale è stata confermato la compatibilità del *same-sex marriage* con la Costituzione.

dizio costituzionale si è andata a congiungere, o meglio a sfumare, nella dottrina del *living tree*³⁶. «The “frozen concepts” reasoning» — si legge nella decisione dei giudici supremi — «runs contrary to one of the most fundamental principles of Canadian constitutional interpretation: that our Constitution is a living tree which, by way of progressive interpretation, accommodates and addresses the realities of modern life»³⁷.

È inoltre senz'altro vero che l'invito a non inquinare il “metodo” e a non porre a repentaglio la forza normativa della Costituzione è venuto soprattutto dai giudici che con le loro opinioni dissenzienti o concorrenti si sono opposti al superamento dei paradigmi familiari tradizionali³⁸.

E tuttavia la trasversalità del tema dell'argomento sociologico appare confermata da quelle pronunce nelle quali i riferimenti ai dati sociali hanno finito per tracciare un percorso ermeneutico-argomentativo di tipo statico-genetico oppure ostile alle coppie omosessuali.

Si pensi, per esempio, al caso *Atala Riffo*³⁹, nel quale la Corte Suprema di Giustizia del Cile aveva negato l'affidamento del minore alla madre divorziata e convivente con un'altra donna sulla base dell'assunto che in una società a maggioranza eterosessuale il *best interest* del minore⁴⁰ risultasse pregiudicato dal suo inserimento in una famiglia di tipo omosessuale.

Oppure si consideri la *dissenting opinion* del giudice Borden alla decisione *Kerrigan and Mock* della Corte suprema del Connecticut. Secondo Borden, gli omosessuali, lungi dal configurare una *suspect* o *quasi-suspect classification*, risultano invece assai influenti nel processo di decisione politica, come confermato dal fatto che non pochi membri del Congresso statale avevano apertamente dichiarato la propria omosessualità⁴¹.

Ma soprattutto si raffronti l'impostazione “conservatrice” dell'argomento sociologico contenuto nella sent. n. 138 del 14 marzo 2010 della Corte costituzionale italiana⁴² con quello assai più “liberal”

36 La “*living tree doctrine*” è stata inaugurata dalla Corte suprema canadese nel 1930 in occasione del *leading case* *Edwards v. Canada*.

37 È significativo che il passaggio del *reference* *Re Same-Sex Marriage* con il quale la Corte suprema ha ribadito la validità della “*living tree doctrine*” sia stato oggetto a sua volta di un riferimento adesivo esplicito nella STC 198/2012 del Tribunale costituzionale spagnolo relativa al tema del matrimonio omosessuale. Prendendo le mosse dalla teoria dell’“*árbol vivo*”, il Tribunale costituzionale ha chiarito che l'interpretazione “evolutiva” del testo costituzionale trova il proprio fondamento nel concetto di “cultura giuridica”. Quest'ultima — si legge nella sentenza — «no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos» ma anche attraverso «la observación de la realidad social jurídicamente relevante, sin que esto signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico» ed il «Derecho comparado que se da en un entorno socio-cultural próximo». Sul punto, cfr. R. Ibrido, *L'interpretazione evolutiva ed il matrimonio omosessuale. Il caso spagnolo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 2014, spec. pp. 8 ss. e pp. 13 ss. Fra i primi commenti alla sentenza, cfr. inoltre F.J. Matia Portilla, *Interpretación evolutiva de la constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo*, in *Teoría y realidad constitucional*, 2013, 31, pp. 541 ss.; M.A. Presno Linera, *El matrimonio: ¿garantía institucional o esfera vital? A propósito de la STC 198/2012, de 6 de noviembre, sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y la jurisprudencia comparada*, in *Revista de derecho constitucional europeo*, 2013, 19; P. Benavente Moreda, *Constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. La garantía institucional del matrimonio y el derecho fundamental a contraerlo (A propósito de la STC de 6 de noviembre de 2012)*, in *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2013, 27, pp. 327 ss.; L. Conte, *La sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo del 6 novembre 2012 sul matrimonio omosessuale*, cit., pp. 149 ss.; U. Adamo, *Il matrimonio omosessuale in Spagna dalla l. n. 13/2005 alla S.T.C. 198/2012*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2013.

38 Sulle opinioni dissenzienti nell'ambito della giurisprudenza in materia di orientamento sessuale, cfr. A. Romano, *Diritti e dissenso. Pluralismo politico e resistenze argomentative nella giurisprudenza sul matrimonio tra omosessuali*, in *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, A. Schillaci (a cura di), cit., pp. 233 ss. e, con particolare riferimento alla sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo, Id., *I voti particolari nella Sentenza n. 198 del 2012 del Tribunal Constitucional spagnolo tra approcci alla relazione affettiva e dinamiche dell'interpretazione costituzionale*, in *Nomos*, 2014, 3.

39 A seguito della sentenza della Corte suprema del Cile del 31 maggio 2004, la signora Atala Riffo presentava ricorso alla Corte interamericana dei diritti dell'uomo, la quale, con la decisione del 24 febbraio 2012, rilevava il carattere discriminatorio della pronuncia dei giudici cileni. Su questa vicenda, cfr. F. Zúñiga Urbina, *Comentario a la sentencia de la Corte Interamericana de derechos humanos, caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, de 24 de febrero de 2012*, in *Revista de derecho político*, 2012, 85, pp. 351 ss.

40 Sul quale, cfr., tra gli altri, I. Ravetllat Ballesté, *El interés superior del niño: concepto y delimitación del término*, in *Educatio Siglo XXI*, 2012, 2, pp. 89 ss.; F. Seatzu, *Su alcuni recenti orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di diritti sui fanciulli*, in *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, 2011, 9, pp. 376 ss.

41 Con la decisione *Kerrigan and Mock v. Connecticut Department of Public Health* (289 Conn. 135, 2008), la Corte suprema del Connecticut, assimilando l'orientamento sessuale ad un fattore di “*suspect*” o “*quasi-suspect classification*”, e facendo applicazione dell’*intermediate scrutiny*, ha dato riconoscimento al *same-sex marriage* in via pretoria. Si osservi il particolare rilievo assunto in questa decisione dai profili di ordine economico e sociale, i quali sono stati considerati come uno dei sei punti del *test standard* utilizzato dalla corte.

42 Fra i commentatori della sentenza n. 138 del 2010 non vi è unanimità di giudizi circa la corretta lettura da dare a questa decisione. Alcuni autori (A. Ruggeri, *Il diritto “consentito” al matrimonio ed il diritto “garantito” alle coppie omosessuali in una*

proposto dalla già citata decisione della Suprema Corte messicana: mentre i giudici messicani avevano definito come un «fatto innegabile» la tendenza delle coppie dello stesso sesso a mantenere celata la loro identità all'epoca in cui fu approvata la Costituzione, nella sent. 138/2010 si legge al contrario che «come risulta dai citati lavori preparatori, la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito svoltosi in sede di Assemblea, benché la condizione omosessuale non fosse certo sconosciuta» [cors.d.a.]. Due argomenti sociologici di segno inverso, dunque, i quali divergono sia sul merito (il grado di conoscenza della questione omosessuale da parte dei costituenti) sia sul metodo, dal momento che la Suprema Corte messicana, a differenza della Corte italiana, si è impegnata a motivare la propria ricostruzione sociologica menzionando le conclusioni alle quali erano pervenute le autorità scientifiche. Nella giurisprudenza in materia di orientamento sessuale, insomma, l'argomento sociologico risulta impiegato sia come canone di esclusione di letture legate al tempo della scrittura, sia quale indicatore della praticabilità di interpretazioni basate sui lavori preparatori.

Un caso particolare di utilizzo, in chiave conservatrice dell'argomento sociologico può essere poi rintracciato nella sentenza dell'11 dicembre 2013 della Corte suprema indiana. Nell'affermare la costituzionalità di una norma del codice penale la quale considerava i comportamenti sessuali degli omosessuali «*against the order of nature*» (e dunque penalmente sanzionabili), la Corte suprema ha censurato le modalità di impiego dei precedenti stranieri da parte della *High Court* di Delhi⁴³. Questi ultimi — si legge nella sentenza del 2013 — non possono essere applicati ciecamente (“*blindfolded*”) ma il loro richiamo appare subordinato alla loro compatibilità con le *social attitudes* tipiche del contesto culturale indiano.

È appena il caso di aggiungere che anche sentenze volte ad assicurare una maggiore protezione dello statuto costituzionale delle relazioni omoaffettive possono nascondere, tra le righe, una certa spinta all'omologazione ed al conformismo degli stili di vita. È questo il caso di *Obergefell*, nella quale il riconoscimento del *same-sex marriage* è avvenuto sulla base di una lettura “borghese” dell'immagine costituzionale della famiglia. In altre parole, la Corte suprema ha considerato la famiglia fondata sul matrimonio — eterosessuale o omosessuale che sia — come l'unica pratica di autodeterminazione affettiva pienamente corrispondente al *best interest* del minore⁴⁴. Vero è che su questo argomento della Corte suprema ha forse inciso una percezione dell'istituto matrimoniale diversa da quella dell'osservatore europeo. Non a caso, infatti, negli Stati Uniti, quanto meno nel medio-lungo termine, la soluzione spagnola (“stessi diritti con lo stesso nome”) ha segnalato un maggiore *appeal* rispetto a quella di derivazione tedesca (un istituto *ad hoc* per le sole coppie omosessuali). Rimane il fatto, peraltro, che anche in *Obergefell* si ripropone il problema della tensione fra due diversi “filosofie” nella protezione dei diritti della sfera affettiva: da un lato un approccio, per così dire, “pragmatico”; dall'altro lato, una opposizione a qualsiasi soluzione interpretativa tendente a piegare il riconoscimento di queste istanze «entro una direzione di “normalizzazione”» che ne comporterebbe una delegittimazione delle «potenzialità emancipative»⁴⁵.

pronuncia in cui la Corte dice “troppo” e “troppo poco”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 2, pp. 1629 ss.; L. D'Angelo, *La Consulta al legislatore: questo matrimonio “nun s'ha da fare”*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 2010), nel rintracciare nella posizione della Corte una difesa del paradigma eterosessuale, hanno infatti posto l'accento sul passaggio della sentenza nel quale la Corte sottolinea che, malgrado «i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere cristallizzati con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore (...) detta interpretazione, però, non può spingersi fino al punto di incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata». Peraltro, secondo l'indirizzo accolto da altra dottrina, e poi sposato da Cassazione prima sezione civile del 15 marzo 2012, n. 4184, la sentenza n. 138 del 2010, non nega affatto che la discrezionalità del legislatore possa spingersi sino al riconoscimento del matrimonio omosessuale, «limitandosi ad escludere che a tale risultato si possa pervenire direttamente per via ermeneutica». In questa prospettiva, gli argomenti utilizzati dalla sentenza delineerebbero «limiti dell'interpretazione» che non possono certo essere convertiti «in limiti della legislazione» (B. Pezzini, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 3, pp. 2715 ss.).

- 43 La quale, invece, aveva rilevato l'incostituzionalità dell'art. 377 del codice penale indiano. In argomento, cfr. A. Schillaci, *Indietro (non) si torna. La Corte Suprema indiana, i comportamenti sessuali “contro natura” ed il verso della comparazione*, in *Diritti comparati*, www.diritticomparati.it, 2014.
- 44 Un punto, quest'ultimo, colto efficacemente da C. Vitucci, *La sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sul matrimonio omosessuale e il diritto internazionale*, cit.: «il lettore “laico”, formato alla scuola di David Cooper, avverte un certo disagio leggendo le pagine dell'opinione di maggioranza in cui si esalta il ruolo del matrimonio quale quasi necessaria scelta di vita se si vuole essere pienamente realizzati, dal punto di vista individuale e sociale. Probabilmente questo era il prezzo da pagare per ottenere il risultato. Ora finalmente anche un omosessuale (statunitense) sarà libero di non sposarsi».
- 45 Così A. Romano, *Diritti e dissenso. Pluralismo politico e resistenze argomentative nella giurisprudenza sul matrimonio tra omosessuali*, cit., spec. pp. 236-237, il quale peraltro ritiene le preoccupazioni per una deriva assimilazionista del *same-sex marriage* fondate su «un alto livello di astrazione e al momento» prive «di una solida *pars costruens*».

A ulteriore conferma del carattere “trasversale” del tema dell’argomento sociologico, occorre infine ricordare che nella giurisprudenza straniera non mancano casi nei quali l’argomento “originalista” è stato utilizzato per dare riconoscimento alle istanze delle coppie omosessuali. Nella decisione *Kerrigan and Mock* prima richiamata, ad esempio, la Corte suprema del Connecticut ha individuato nella volontà originaria dei costituenti statali l’intenzione di accordare una lettura amplissima della *equal protection clause*, tale da includere anche l’eguaglianza delle coppie omosessuali sul piano matrimoniale.

4. Modalità di acquisizione dei dati sociali e principio del “giusto processo costituzionale”

A un esame più attento della giurisprudenza in materia di orientamento sessuale, ciò che sembra differenziare l’approccio delle corti non è tanto — o non è solo — il grado di integrazione del dato sociale all’interno del percorso argomentativo, e neppure il livello di “fedeltà” al testo o alla volontà originaria del costituente. Gli elementi di diversità possono invece essere apprezzati innanzitutto e in primo luogo in relazione alle modalità con le quali vengono acquisiti al giudizio costituzionale i dati sociali. Modalità le quali, ovviamente, sono condizionate in larga parte, dai caratteri del sistema di giustizia costituzionale e dalle regole processuali seguite dalle singole corti.

In alcuni casi, i giudici hanno commissionato a centri di ricerca specializzati vere e proprie “perizie”. È questo il caso della più volte richiamata decisione della Suprema Corte messicana, dove con ordinanza, il giudice istruttore ha richiesto al principale ateneo universitario del paese l’elaborazione di uno studio relativo ai profili psicologici, sociologici e bioetici che investono la tematica dell’adozione e del matrimonio omosessuale.

In un secondo gruppo di decisioni, la strategia di legittimazione delle corti ha poggato sulla citazione degli *amici curiae briefs*. Paradigmatiche, sotto questo profilo, sono le decisioni delle corti statali del Massachusetts, del Connecticut e dell’Iowa, le quali hanno utilizzato gli apporti degli *amici curiae briefs* pervenuti da medici e psicologici nonché da docenti universitari di storia e economia allo scopo di scardinare una interpretazione delle norme costituzionali statali fondata sull’argomento naturalistico e su quello economico-efficientistico⁴⁶.

In base all’argomento naturalistico, il matrimonio si collega *ipso facto* alla procreazione naturale, la quale è invece esclusa per le coppie omosessuali. Ritenendo i genitori di sesso diverso più inclini ad assicurare la stabilità del nucleo familiare, l’argomento naturalistico conduce così a considerare l’inserimento del figlio in un contesto di tipo tradizionale come maggiormente rispondente al suo “*best interest*”.

Attraverso l’argomento economico-efficientistico, i sostenitori del c.d. paradigma eterosessuale tendono invece a porre l’accento sull’impatto negativo che l’introduzione del *same-sex marriage* potrebbe determinare sui bilanci pubblici.

Da questo punto di vista, può apparire quanto meno paradossale (e tutt’altro che rassicurante) che proprio alcune corti “*liberal*”, anziché negare con decisione la spendibilità dell’argomento economico-efficientistico, abbiano cercato di “smontarlo” dal suo interno, così cercando di dimostrare che quello omosessuale è per lo stato un matrimonio “a costo zero”.

46 Si tratta di tre decisioni (*Goodridge v. Department of Public Health* del 2003 della Corte suprema del Massachusetts; *Kerrigan and Mock v. Connecticut Department of Public Health* del 2008 della Corte suprema del Connecticut; *Varnum v. Brien* del 2009 della Corte suprema dell’Iowa) le quali hanno introdotto il *same-sex marriage* in via pretoria. Più nel dettaglio, se per la Corte suprema del Massachusetts «il matrimonio civile rafforza il benessere della comunità di riferimento» anche per i benefici individuali «tangibili» e «intangibili» che è in grado di garantire a chi lo contrae, i giudici della Corte suprema dell’Iowa hanno individuato nell’opposizione religiosa l’ostacolo più importante al riconoscimento sociale del *same-sex marriage*, utilizzando quindi il dato sociale per prendere le distanze da qualsiasi concezione confessionale del matrimonio. La necessità di considerare l’argomento sociologico viene poi esplicitamente collegata dalla Corte suprema del Connecticut all’esigenza di una interpretazione evolutiva e non originalista del testo costituzionale. In questo senso, la Corte ha definito la Costituzione statale come uno «strumento di progresso» che necessita di essere interpretato in conformità con le domande della società contemporanea. Sugli argomenti utilizzati nell’ambito di queste tre decisioni, cfr. *amplius* C. Fasone, *Il same-sex marriage dinanzi alle corti supreme degli Stati Uniti: dall’argomento originalista all’interpretazione evolutiva, attraverso la valorizzazione del dato sociologico*, in *Ianus*, 2011, 4, pp. 9 ss. e spec. pp. 39 ss.

In un terzo filone è poi possibile raggruppare le decisioni di quelle corti che, lungi dal citare le ricerche delle autorità scientifiche, hanno optato per la più collaudata categoria processualistica del “fatto notorio”⁴⁷, mantenendo così le proprie motivazioni entro un registro eminentemente giuridico.

Oltre al già citato passaggio della sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale italiana, è possibile in particolare ricordare la sentenza 41/2006 del Tribunale costituzionale spagnolo. Dinanzi ad un caso di discriminazione di un lavoratore illegittimamente licenziato dall’Alitalia in ragione della propria omosessualità, il *Tribunal Constitucional* ha ricompreso nel nucleo duro del principio di eguaglianza anche l’orientamento sessuale, benché quest’ultimo non fosse espressamente previsto dall’art. 14 della Costituzione fra i fattori di non discriminazione. A sostegno della interpretazione estensiva dell’art. 14, i magistrati costituzionali hanno osservato che «*es notoria la posición de desventaja social y, en esencia, de desigualdad y marginación sustancial que históricamente han sufrido las personas de orientación homosexual*».

Infine, un ultimo filone di sentenze segnala il tentativo delle corti, attraverso i propri poteri istruttori, oppure appoggiandosi alle prospettazioni delle parti, di giocare di sponda con i risultati di indagini scientifiche preesistenti al giudizio di costituzionalità.

Penso, ad esempio, al richiamo esplicito nella sentenza 198/2012 del *Tribunal Constitucional* di alcuni dati di carattere statistico e demoscopico dai quali emergerebbe l’ampia accettazione da parte della società spagnola del matrimonio omosessuale, così ponendo l’accento sull’evoluzione dell’immagine tradizionale di matrimonio. Ad avviso del Tribunale costituzionale, benché i risultati delle indagini statistiche e demoscopiche menzionate nel testo della sentenza non siano di per sé un elemento in grado di determinare autonomamente la costituzionalità o l’incostituzionalità della legge sul matrimonio omosessuale, «*no es menos cierto que las mismas ofrecen una imagen refleja del grado de identificación de los titulares del derecho al matrimonio con la institución en la que se integra progresivamente la unión entre personas del mismo sexo*».

Ma penso, soprattutto, alla sentenza con la quale il giudice del contenzioso amministrativo della città di Buenos Aires, accogliendo il ricorso *de amparo* promosso dai signori Alex Freyre e José María di Bello, rilevava l’incostituzionalità delle norme del Codice civile che limitavano alle sole coppie eterosessuali l’accesso all’istituto matrimoniale⁴⁸.

Secondo il giudice argentino, la diversità di trattamento fra coppie eterosessuali e coppie omosessuali, pur non essendo illegittima in astratto, lo diviene in concreto quando, come nel contesto storico attuale, essa si raccorda ad una considerazione dei soggetti esclusi da un determinato istituto giuridico nei termini di «*seres humanos menos valiosos*». Richiamando alcuni studi sociologici, il giudice ha posto l’accento sul collegamento fra paradigma eterosessuale del matrimonio e sentimento omofobico, anche facendo riferimento alla diffusione nel linguaggio parlato di espressioni offensive e stereotipi gravemente lesivi della dignità degli omosessuali. Particolarmente significativo è il passaggio della decisione nel quale si traccia un parallelismo fra i meccanismi d’azione dell’omofobia e quelli del razzismo: identificazione, dapprima, di un gruppo di esseri umani considerati inferiori; creazione, in secondo luogo, di un terreno d’azione in cui la “differenza” diviene fattore di pericolo per l’integrità dell’omofobo; infine, dissimulazione dell’omofobia dietro il discorso sulla tolleranza, poiché — si legge nella sentenza — solo si può tollerare chi viene definito in termini di contrapposizione. Con un ricco impianto di riferimenti alla filosofia (Gilles Deleuze, Hannah Arendt, Theodor Adorno, Judith Butler), alla narrativa (Honoré de Balzac), alla sociologia (Ernesto Meccia) e, naturalmente, alla letteratura giuridica, la sentenza Freyre ha così sviluppato una linea argomentativa tesa a evidenziare le ripercussioni negative che il divieto di matrimonio omosessuale — in collegamento con gli altri fattori sociali di discriminazione delle coppie dello stesso sesso — ha assunto rispetto al valore della dignità della persona.

Insomma, alla luce delle indicazioni emerse da questa giurisprudenza, più che di “argomento sociologico” sembrerebbe doversi parlare, al plurale, di “argomenti sociologici”, ognuno dei quali finisce per porre specifici problemi non solo sul terreno della individuazione di idonei criteri per il loro controllo, ma anche su quello della compatibilità fra le tecniche di acquisizione dei dati sociali utilizzate

47 Nell’ambito del diritto processuale si intende, per “fatto notorio”, «un fatto di pubblica conoscenza in un determinato ambito territoriale (...) L’esistenza di un simile fatto è conosciuta dal giudice senza la necessità che le parti chiedano l’ammissione di un determinato mezzo di prova: *notoria non eget probatione*. Occorre naturalmente che il fatto sia indubitabile e incontestabile». Diverso dal fatto notorio è invece il “fatto pacifico”, un fatto, cioè, di «conoscenza non pubblica; esso è affermato da una parte ed è ammesso esplicitamente o implicitamente dalla controparte». Nel diritto processuale penale italiano, il fatto pacifico non ha bisogno di essere provato, in quanto il giudice può direttamente utilizzarlo come “elemento di prova” per la sua decisione (P. Tonini, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Milano, Giuffrè, 2012, pag. 130).

48 Si tratta del “*Fallo Seijas*”: *Juzgado de Primera instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: “Freyre, Alejandro y otro c/GCBA s/Amparo (Art. 14 CCABA) (expte. 34292/0)”*; *Sentencia del 10 de noviembre de 2009*, sul quale cfr. N. Vizioli, *La legittimità costituzionale del matrimonio tra persone dello stesso sesso nella giurisprudenza argentina*, in *Ianus*, 2011, 4, pp. 139 ss., spec. pp. 158 ss.

dalle corti e il principio del “giusto processo costituzionale”⁴⁹. La fisiologica asimmetria fra l’individuo e l’autorità pubblica all’interno del giudizio costituzionale impone infatti di individuare soluzioni processuali idonee a salvaguardare l’esigenza di “parità delle armi” nell’accesso alle conoscenze di carattere scientifico.

Un tema, quest’ultimo, di importanza decisiva, il quale rischia forse di essere offuscato da prospettive che tendono a semplificare il problema dell’impiego dell’argomento sociologico riconducendolo ad un mero prolungamento della alternativa fra originalismo e anti-originalismo.

5. La degradazione degli istituti familiari da “concetti” a “tipi” e i percorsi di gestione della transizione al nuovo paradigma

Secondo la teoria del mutamento dei paradigmi elaborata da Thomas Kuhn è possibile individuare due diversi stadi dell’attività di ricerca scientifica: nei periodi di “scienza normale”, l’accordo si forma attorno ad un paradigma, ad un modello in grado di orientare le ricerche e a fornire le soluzioni ai problemi. Nei periodi di “scienza straordinaria” al contrario, a causa del moltiplicarsi di anomalie che sfuggono al modello esplicativo, il paradigma dominante entra in crisi, sicché la parte della comunità scientifica più conservatrice tenterà, attraverso “ipotesi *ad hoc*”, di salvare il vecchio paradigma fino a quando il nuovo modello non abbia ottenuto un consenso tale da porre termine alla “guerra delle scuole”⁵⁰.

Ebbene, con riferimento agli istituti familiari e in particolare al matrimonio, non vi è dubbio che il tradizionale paradigma eterosessuale stia affrontando oggi il proprio periodo di “scienza straordinaria”. Infatti, più che alla affermazione integrale di un nuovo paradigma, non poche delle corti che hanno fatto uso dell’argomento sociologico in chiave di riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali sembrerebbero essersi attestate sulla linea di una trasformazione del matrimonio da “concetto” a “tipo”.

«Il tipo» — ha scritto Jünger — «è il modello con cui ci misuriamo», qualcosa di «più forte di un’idea, per non dire di un concetto»⁵¹. In effetti, secondo una pista di ricerca sviluppata da autorevole dottrina, “concetti” e “tipi” corrispondono a due forme di pensiero differenti. Mentre il concetto può essere applicato a una circostanza concreta solo e soltanto quando vi si riscontrino tutti i tratti della definizione, «il tipo non può mai essere totalmente definito, ma solo indicato e spiegato, poiché la tipicità da esso richiamata si basa su di un complesso di caratteristiche che ha un nucleo fisso, ma non rigidamente chiuso». In altre parole, «il concetto divide, il tipo lega»⁵².

Dalle clausole generali, ai c.d. “*standard*”, senza dimenticare i tipi di frequenza, le varie forme di tipizzazione hanno ormai da tempo fatto il loro ingresso prepotente nella legislazione, specialmente nel diritto di famiglia, consentendo di lanciare nel procedimento applicativo del diritto un ponte tra norma e caso vitale. Benché non esente da aspetti problematici sul versante della certezza del diritto, il tipo, in questa ottica di incessante mediazione tra passato e presente, appare in grado di fronteggiare più efficacemente le discontinuità e le fratture sociali, culturali ed economiche che si manifestano nelle nuove immagini prodotte e riprodotte dalla società.

Da questo punto di vista, la valorizzazione della forma di pensiero del tipo nell’ambito della ricostruzione del significato degli istituti familiari e in particolare del matrimonio può essere individuata come una delle cifre di lettura fondamentali della giurisprudenza in materia di diritti degli omosessuali.

Basti pensare, ad esempio, ad alcuni passaggi della già citata decisione Freyre. Dopo una ricostruzione dell’itinerario evolutivo del matrimonio — «*cuya historia es anterior al Concilio de Trento*» — il giudice amministrativo argentino giungeva a «*descartar la idea de un significado natural o recto*» di matrimonio, rilevando il carattere intrinsecamente dinamico di tale istituto.

49 In relazione al problema della estensione del principio del “giusto processo” alla giustizia costituzionale, cfr. L. Buffoni, *Processo e pluralismo nell’ordinamento costituzionale italiano. Apologia e limiti dell’universalismo procedurale*, Napoli, Jovene, 2012, spec. pp. 347 ss.

50 Cfr. T.S. Kuhn, *The structure of scientific revolutions*, Chicago, University of Chicago Press, 1962, tr. it.: *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, Einaudi, 1999, spec. pp. 65 ss. e 213 ss. Sull’uso dei paradigmi, cfr. anche G. Agamben, *Che cos’è un paradigma?*, in Id., *Signatura rerum: sul metodo*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008, 11 ss.

51 E. Jünger, *Typus, Name, Gestalt*, Stuttgart, Klett Cotta, 1963.

52 F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2009, pp. 268 ss.

A conclusioni non dissimili era già pervenuta la Corte suprema messicana. Come si legge nella sentenza, sebbene storicamente il matrimonio sia stato considerato «*como la unión entre un hombre y una mujer, teniendo la procreación, en determinado momento, un papel importante para su definición [...] no es sostenible afirmar, sin más, que el matrimonio, en su definición tradicional, fuera un concepto completo y, por tanto, inmodificable por el legislador, máxime derivado del proceso de secularización de la sociedad y del propio matrimonio*».

Significative indicazioni vengono poi dalla richiamata sentenza n. 198 del 2012 del Tribunale costituzionale spagnolo. Muovendo dall'assunto che la "realtà sociale" contribuisce a determinare i percorsi di attualizzazione della cultura giuridica (e per questo tramite dell'interpretazione costituzionale), il *Tribunal Constitucional* ha evidenziato che il canone dell'interpretazione della Costituzione conforme alla CEDU e ai trattati internazionali previsto dall'art. 10, c. 2 della Costituzione spagnola (da ora CE) consente di conferire spessore giuridico ad elementi culturali esterni al testo, confermando così che il diritto è «*fenómeno social vinculado a la realidad*». In altri termini, l'art. 10, c. 2 CE consentirebbe di dotare l'art. 33 CE di una struttura aperta ai mutamenti culturali, di una «*contextura receptiva*»⁵³, per usare una espressione della dottrina spagnola che difficilmente potrebbe essere tradotta in italiano in maniera altrettanto efficace. Utilizzando l'argomento sociologico e quello comparativo quali strumenti di autocoscienza e critica dell'identità dell'ordinamento di partenza, e dunque veicolando le nuove domande di giustizia direttamente sul terreno ermeneutico, il Tribunale costituzionale è in sostanza pervenuto ad affermare che la definizione di matrimonio presupposta dai costituenti, benché valida nel 1978, non può più trovare applicazione nel contesto attuale.

Quando poi il Tribunale costituzionale portoghese, nel difendere la legittimità del matrimonio per le coppie omosessuali, ha avuto modo di definire il matrimonio come un «concetto aperto e plurale adattabile alle necessità della realtà sociale», esso ha in sostanza degradato questa formula lessicale a "tipo", a elemento dinamico idoneo a porre in evidenza il ruolo indirettamente normativo dei comportamenti sociali⁵⁴.

Una operazione, quest'ultima, replicata dal Tribunale supremo brasiliano nella sentenza sul matrimonio omosessuale del 5 maggio 2011⁵⁵. In questo caso, la critica dei concetti è stata estesa anche al significato di "famiglia", espressione la cui interpretazione impone, ad avviso della corte, una esegesi «*não-reductionista*», finalizzata a mettere in luce il carattere «*aperto*» di un termine da ricostruire alla luce del principio costituzionale del pluralismo.

Persino nella sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale, nella quale la natura eterosessuale del matrimonio e la sua finalità procreativa sono state ricomprese nel nucleo duro dell'art. 29 Cost. non modificabile in via interpretativa, si è ammesso che «i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere "cristallizzati" con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi».

Insomma, sembrerebbe trovare conferma, almeno in questa giurisprudenza, l'intuizione di Koselleck⁵⁶, il quale evidenziava che ogni concetto è legato a una parola, ma non necessariamente tutte le parole appaiono in grado di esprimere un concetto.

Sarebbe peraltro prematuro concludere che si sia giunti alla fine della "guerra delle scuole". Vero è che alcune sentenze hanno tentato più di altre di configurare un nuovo paradigma. Così, in particolare, la decisione *Hillary Goodridge*, nella quale la Corte suprema del Massachusetts — anticipando *Obergefell* — ha introdotto in via pretoria l'istituto del *same-sex marriage*, affermandone così la necessità costituzionale.

E tuttavia, l'impressione è che una delle linee di tendenza prevalenti sia quella di superare il precedente paradigma, senza peraltro sostituirlo integralmente con un nuovo e universale concetto di matrimonio.

53 M.A. Aparicio Pérez, *La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución Española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales*, in *Jueces para la Democracia*, 1989, 6, pp. 9 ss. e spec. pag. 14.

54 Si tratta della sent. n. 121 dell'8 aprile 2010, sulla quale cfr. E. Crivelli, *Il matrimonio omosessuale e la ripartizione di competenze tra legislatori e organo di giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del Tribunale costituzionale portoghese*, in *Rivista AIC*, www.archivio.rivistaaic.it, 2010.

55 Sulla tematica del *same sex marriage* in Brasile, cfr., fra gli altri, J.M. Cabrales Lucio, *Same-Sex Couples Before Courts in Mexico, Central and South America, Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, in D. Gallo, L. Paladino, P. Pustorino (eds) cit., pp. 93 ss. e spec. pag. 114.

56 R. Koselleck, *Storia dei concetti e storia sociale*, in Id., *Futuro passato: per una semantica dei tempi storici*, Genova, Marietti, pp. 91 ss., spec. pag. 102 ss.

Aggiungo che fra le strategie messe in campo per gestire la transizione dal vecchio al nuovo paradigma va ricompresa la tecnica del “rinvio”: così la Corte europea dei diritti dell’uomo, nel caso *Schalk e Kopf c. Austria*, la quale ha individuato nell’esclusione delle coppie omosessuali dall’istituto matrimoniale la legittima manifestazione del margine di apprezzamento spettante agli stati membri⁵⁷. Al tempo stesso, la Corte, ponendo l’accento sull’evoluzione delle «*social attitudes*», quasi in un “*prospective overruling*”, ha chiarito la propria competenza a rivedere in futuro questa posizione, richiedendo quale presupposto per l’attualizzazione dell’interpretazione dell’art. 12 l’esistenza di una convergenza di soluzioni fra le legislazioni nazionali tale da consentire l’elaborazione di uno standard comune⁵⁸.

6. Verso una conclusione

Fra le diverse esperienze fin qui analizzate, quella statunitense può essere probabilmente assunta a caso esemplare di apertura all’argomento sociologico. In effetti, almeno due diversi fattori hanno contribuito all’impiego di questo canone argomentativo da parte delle corti statunitensi.

Da un lato, gli studi del realismo giuridico e della giurisprudenza sociologica vantano nella letteratura nord-americana una gloriosa tradizione⁵⁹, sicché, già su un piano culturale, il giudice statunitense sembrerebbe mostrare una maggiore familiarità rispetto a forme di integrazione del dato sociale nell’ambito del contesto di giustificazione.

Dall’altro lato — e soprattutto — le corti statunitensi sono inserite all’interno di un ordinamento nel quale le peculiari modalità di ragionamento del giudice di *common law* si combinano con le caratteristiche di un sistema di giustizia costituzionale diffuso. Ebbene, come è stato rilevato, il giudice comune appare senz’altro più avvezzo a sfruttare il contributo di altre scienze rispetto alle corti costituzionali inserite all’interno di un sistema di tipo accentrato⁶⁰.

Quanto ai casi, una particolare menzione merita certamente la decisione *United States v. Windsor* del 26 giugno 2013, con la quale la Corte suprema ha affermato l’incostituzionalità della *Section 3* del *Defense of Marriage Act* (DOMA). In tale occasione, i giudici supremi hanno rilevato che il trattamento differenziato riservato a livello federale agli omosessuali umilia («*demeans*») le coppie dello stesso sesso, imponendo un vero e proprio «stigma» nei confronti di quanti hanno deciso di usufruire delle possibilità accordate dagli stati membri che hanno optato per l’introduzione del *same-sex marriage*. In

57 Posizione ribadita nel caso *Oliari e altri v. Italia* del 15 luglio 2015. Come visto, peraltro, in quest’ultima decisione la Corte EDU ha ravvisato una violazione dell’art. 8 della Convenzione nella mancata predisposizione legislativa di forme di riconoscimento delle unioni omosessuali.

58 L’art. 12 CEDU stabilisce che «Uomini e donne in età maritale hanno diritto di sposarsi e di formare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l’esercizio di tale diritto». Nel caso *Parry c. Regno Unito* del 2005, la Corte EDU ha respinto i ricorsi di due coppie di coniugi inglesi i quali facevano valere l’illegittimità della legge nazionale che li obbligava a divorziare nel caso in cui uno dei due coniugi si fosse sottoposto a un’operazione di mutamento di sesso. Come si legge nella pronuncia, all’art. 12 CEDU non può essere attribuito altro significato che quello di consentire l’unione fra un uomo e una donna. Con la successiva sentenza *Schalk e Kopf c. Austria* del 22 novembre 2010, la Corte EDU ha rilevato che la normativa austriaca che preclude alle coppie omosessuali la possibilità di contrarre matrimonio non è in contrasto con la Convenzione, in quanto l’introduzione del matrimonio omosessuale rimane ancorata al margine di apprezzamento degli stati membri. Benché la Corte non abbia riscontrato una violazione della Convenzione, la Corte ha mostrato importanti segni di apertura verso il riconoscimento del matrimonio omosessuale, segnalando la possibilità di una futura attualizzazione dell’interpretazione dell’art. 12. Sulla giurisprudenza della Corte EDU in materia di matrimonio omosessuale, cfr., fra gli altri, G. Repetto, “Non perdere il proprio mondo”. Argomenti dei giudici e matrimonio “same-sex”, tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale, in *Rivista critica del diritto privato*, 3, 2010, pp. 525 ss. Sul rapporto circolare fra interpretazione costituzionale e interpretazione convenzionale tracciato dalla sentenza *Schalk e Kopf c. Austria*, cfr. R. Ibrido, *I diritti degli omosessuali tra argomenti comparativi e pluralismo disciplinare*, in *Percorsi costituzionali*, 2012, 3, pp. 373 ss. e spec. pp. 392 ss.

59 Per una panoramica di sintesi di questi indirizzi, cfr. F. Bonsignori, *Il realismo giuridico*, in *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*, A. Ballarini... [et. al.] (a cura di), Torino, Giappichelli, 2010, pp. 245 ss. e spec. pag. 248.

60 Cfr. in particolare, R. Bin, *La Corte e la scienza*, in *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, A. D’Aloia (a cura di), Torino, Giappichelli, 2005, pp. 9 ss., il quale sottolinea come il giudice comune si trovi molto spesso in una posizione di “dipendenza necessaria” dai risultati scientifici. Al contrario, per il giudice costituzionale italiano non si pone il problema di verificare il nesso di causalità delle azioni umane e la ricerca della “copertura” delle leggi scientifiche. In ogni caso, per un quadro di alcuni casi nei quali la Corte costituzionale italiana è stata chiamata a ripercorrere i dati fattuali, le premesse scientifiche e i presupposti tecnologici delle leggi sottoposte al suo giudizio, cfr. R. Bin, *Atti normativi e norme programmatiche*, cit., pp. 328 ss.

altre parole, secondo i giudici supremi, la stigmatizzazione conseguente all'applicazione del DOMA conduce a equiparare il *same-sex marriage* a un «matrimonio di seconda classe»⁶¹.

Tale argomento sociologico — il quale sembra presentare alcune analogie con l'analisi in *Brown* delle conseguenze psicologiche della segregazione razziale — è stato ulteriormente ripreso e sviluppato nella decisione *Obergefell* della Corte suprema⁶². Già prima di questa decisione, peraltro, il riferimento in *Windsor* al rischio di una "stigmatizzazione" delle coppie omosessuali aveva determinato una sorta di "effetto domino" nelle giurisprudenze delle corti supreme statali. Ricordo, tra le altre, la decisione di un giudice dell'Ohio⁶³, il quale, nel rilevare l'incostituzionalità di una sorta di "mini-DOMA" statale, aveva affermato che la differenziazione tra coppie omosessuali e coppie eterosessuali equivale a imporre uno *status* separato e uno "stigma" su coloro che contraggono un matrimonio *same-sex* in un altro stato membro⁶⁴.

Questo schematico (e certamente insufficiente) spaccato sulla giurisprudenza in materia di orientamento sessuale conferma il ruolo crescente che, nel panorama comparato, il dato sociale ha assunto negli itinerari argomentativi dei giudici costituzionali.

Nel ricorso a questo canone non mancano, peraltro, zone d'ombra. Ciò non tanto con riferimento al rischio di una "presa di congedo" dal testo. Mi vado anzi convincendo che, al pari dell'argomento comparativo⁶⁵, anche l'argomento sociologico vada apprezzato sul terreno dell'"ottimizzazione" dei risultati, in quanto il confronto con il dato sociale, consentendo di risalire dal testo al contesto, rende altresì più agevole l'individuazione o la comprensione dei *Prinzipien*, ossia, secondo la nota definizione di Alexy, delle «norme che prescrivono che qualcosa» sia «da realizzare nella misura più alta possibile relativamente alle possibilità giuridiche e fattuali»⁶⁶.

61 Individua una delle fondamentali cifre di lettura della decisione nella scelta della Corte di astenersi da una astratta ricostruzione delle radici storiche e culturali dell'istituto matrimoniale, privilegiando il riferimento concreto agli interessi delle persone coinvolte e al pregiudizio sociale da queste subito in conseguenza dell'applicazione della *Section 3 A*. Schillaci, "This case is not routine". La Corte Suprema USA e il *same sex marriage*, tra tutela dei diritti e limiti della giurisdizione, in Osservatorio AIC, www.osservatorioaic.it, 2013.

62 Come si legge nella *opinion of the Court*, «*The limitation of marriage to opposite-sex couples may long have seemed natural and just, but its inconsistency with the central meaning of the fundamental right to marry is now manifest. With that knowledge must come the recognition that laws excluding same-sex couples from the marriage right impose stigma and injury of the kind prohibited by our basic charter (...) Many who deem same-sex marriage to be wrong reach that conclusion based on decent and honorable religious or philosophical premises, and neither they nor their beliefs are disparaged here. But when that sincere, personal opposition becomes enacted law and public policy, the necessary consequence is to put the imprimatur of the State itself on an exclusion that soon demeans or stigmatizes those whose own liberty is then denied*».

63 Corte federale distrettuale per il distretto sud dell'Ohio, 22 luglio 2013, *Obergefell et al. v. Kasich et al.*

64 Sulla giurisprudenza delle corti statali che hanno fatto applicazione dei principi enunciati in *Windsor*, cfr. M.C. Vitucci, *In viaggio per i diritti. Coppie omosessuali e diritto internazionale privato*, in *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, A. Schillaci (a cura di), cit., pp. 112 ss. e spec. pp. 118 ss.

65 Con particolare riferimento all'uso dell'argomento comparativo nella giurisprudenza in materia di orientamento sessuale, si perdoni il rinvio a R. Ibrido, *I diritti degli omosessuali tra argomenti comparativi e pluralismo disciplinare*, cit., pp. 373 ss.; Id., "Ritorno alla comparazione". Note a margine della sentenza del Tribunal Constitucional spagnolo sul matrimonio omosessuale, in *Nomos*, 2013, pag. 3. Più in generale, nella vasta letteratura che in Italia si è occupata del problema della comparazione nella giurisprudenza costituzionale, cfr. almeno G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli, Jovene, 2011; G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, cit.; P. Ridola, *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione*, in *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, G. Alpa (a cura di), Milano, Giuffrè, 2006, pp. 15 ss., ora anche in P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 293 ss.; T. Groppi, *Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2011, 1, pp. 199 ss.; *Corti nazionali e comparazione giuridica*, G.F. Ferrari, A. Gambaro (a cura di), Napoli, ESI, 2006; L. Pegoraro, P. Damiani, *Il diritto comparato nella giurisprudenza di alcune Corti costituzionali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, 1999, pp. 411 ss.; L. Pegoraro, *La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni '80*, in *Quaderni costituzionali*, 1987, 3, pp. 601 ss.; A. Sperti, *Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2006, pp. 125 ss.; Id., *Le difficoltà connesse al ricorso alla comparazione a fini interpretativi nella giurisprudenza costituzionale nel contesto dell'attuale dibattito sull'interpretazione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, 2, pp. 1033 ss.; A.M. Lecis Cocco Ortu, *La comparaison en tant que methode de determination du standard de protection des droits dans le systeme CEDH*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2011, 4. Sul tema del richiamo ai precedenti stranieri, deve essere segnalata inoltre la ricerca condotta dall'*Interest Group* fondato nel Convegno mondiale dell'Associazione Internazionale di Diritto Costituzionale tenutosi ad Atene nel giugno 2007, ora in *The use of foreign precedents by constitutional judges*, T. Groppi, M.C. Ponthoreau (eds.), Oxford-Portland (OR), Hart, 2013.

66 Mentre dunque le regole (*Regeln*), nell'impostazioni di Alexy, sarebbero «norme che possono essere sempre realizzate o non realizzate», in quanto contenenti «determinazioni (*Festsetzungen*) nello spazio di ciò che è fattualmente e giuridicamente possibile», i principi individuerebbero «solo precetti-*prima facie*», ragioni «per giudizi giuridici concreti». La distinzione fra

Più che il problema della “tenuta” della supremazia della Costituzione, e dunque il rischio di una “sfaldatura” di quest’ultima rispetto alla penetrazione di elementi di giudizio esterni al dato testuale, l’argomento sociologico sembra interrogare le componenti essenziali dell’identità del giudice costituzionale: se è vero infatti che questo percorso argomentativo conduce a dare una cassa di risonanza a dinamiche sociali che tendono ad affermarsi in un determinato momento storico, non può allora essere sottovalutato il rischio di ridimensionare la funzione contro-maggioritaria delle corti.

Come ha evidenziato Rodríguez Arribas nel voto particolare sulla sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo in materia di matrimonio omosessuale, è proprio «*para evitar que el legislador ordinario, atendiendo al supuesto clamor de la calle, las estadísticas y los estudios de opinión, pueda vulnerar la Constitución, se crearon los Tribunales Constitucionales*». Un rilievo, quello di Rodríguez Arribas, il quale non a caso è stato raccolto dalla recente pronuncia della Corte suprema statunitense. Come si legge infatti in *Obergefell*, «*This is why “fundamental rights may not be submitted to a vote; they depend on the outcome of no elections (...). It is of no moment whether advocates of same-sex marriage now enjoy or lack momentum in the democratic process. The issue before the Court here is the legal question whether the Constitution protects the right of same-sex couples to marry*».

Se è vero che le considerazioni di ordine problematico sviluppate in queste pagine non appaiono sufficienti ai fini della elaborazione di una proposta generale e compiuta di utilizzazione dei dati sociali, nondimeno è possibile provare a tracciare il profilo di un suo “anti-modello”. Da questo punto di vista, mi soffermerò, in particolare, su due direttive metodologiche di carattere negativo.

In primo luogo, l’argomento sociologico non va impiegato in modo occulto, criptico, incontrollato e non verificabile. Tale direttiva potrebbe apparire quanto meno scontata, dal momento che la trasparenza e la verificabilità delle forme di ragionamento dei giudici costituiscono il presupposto di ogni buona motivazione giudiziaria, indipendentemente dal tipo di canone argomentativo utilizzato⁶⁷. E tuttavia, come ha evidenziato Martin Kriele, il vincolo di motivazione al quale è sottoposto il giudice non è sempre uniforme, risultando in alcune circostanze particolarmente stringente e in altre assai più blando⁶⁸. Ebbene, uno dei casi nei quali si avverte l’esigenza di un supplemento di giustificazione è rappresentato, appunto, dalla ipotesi di valorizzazione delle dinamiche sociali nella interpretazione della Costituzione. Infatti, il modello haerberliano della Costituzione come processo pubblico (e non già come comando eteronomo) può avvalersi delle potenzialità dell’argomento sociologico se e soltanto se quest’ultimo risulti guidato dal principio di pubblicità e da una vocazione autenticamente discorsiva. Diversamente ragionando, il giudice finirebbe per interrompere con un atto autoritativo ma non altrettanto legittimato quel processo circolare di mutue correlazioni che consentono ai *rule followers* di concorrere alla interpretazione della Costituzione⁶⁹.

In secondo luogo, l’argomento sociologico non va utilizzato in modo da trasformare le corti costituzionali nei portavoce della *vox populi*.

Da un lato, infatti, questa malintesa concezione dell’argomento sociologico rischia di tradire quella funzione *counter-majoritarian* la quale, come detto, continua a cogliere uno degli elementi fondanti della identità del giudice costituzionale. Per di più, l’argomento del *consensus* della opinione pubblica può rappresentare una arma a doppio taglio: cosa succederebbe se un giorno la maggioranza dell’opinione pubblica si dovesse esprimere a favore della pena morte o della criminalizzazione dei comportamenti sessuali degli omosessuali? Insomma, il processo di avanzamento dei diritti è cosa troppo seria per essere lasciata in mano agli *opinion pool*.

principi e regole proposta da R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994, tr. it.: *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 2006, pp. 101 ss. e spec. pp. 106-107. presenta alcuni importanti profili di affinità rispetto a quella elaborata da R. Dworkin, *Taking rights seriously*, London, Duckworth, 1977, tr. it.: *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 1982. Secondo quest’ultimo autore, le regole offrono solo l’alternativa tra integrale applicazione e integrale disapplicazione, mentre i principi sfuggono alla logica del “tutto-o-niente”.

67 Sulla esigenza di motivazioni trasparenti, controllabili e verificabili d’obbligo è il riferimento a L. Lombardi Vallauri, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, Cedam, 1981; Id., *Diritto libero*, in *Digesto civile*, VI, Torino, UTET, 1990, pp. 279 ss., il quale identifica tale direttiva quale preconditione per un corretto ricorso alla “metodologia dei risultati”.

68 Secondo M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung: Entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, Berlin, Duncker & Humblot, 1967 (cit. anche da G. Zaccaria, *La giurisprudenza come fonte del diritto: una evoluzione storica e teorica*, Napoli, Editoriale scientifica, 2007) l’esigenza di un “supplemento di giustificazione” si verificherebbe in particolare nei casi di *overruling* giudiziario.

69 In relazione al modello haerberliano di “democratizzazione” dell’interpretazione costituzionale, cfr. P. Häberle, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, in *JuristenZeitung*, 1975, pp. 297 ss. Su questo passaggio del pensiero di Häberle, cfr. inoltre P. Ridola, *Prime riflessioni sullo “spazio pubblico” nelle democrazie pluralistiche*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., pp. 31 ss. e spec. pp. 43 ss.

Dall'altro lato, questo approccio all'uso del dato sociale rischia di banalizzare la portata autentica-mente costituzionale della questione omosessuale. Il pericolo, in altre parole, è che un uso "sguaiato" del canone sociologico conduca a rimuovere fattori di discriminazione legati alla sfera dell'orientamento sessuale solo e soltanto in ragione del fatto che "la società è cambiata", così trascurando i dati costituzionali, in qualche caso anche di ordine letterale, che consentono l'inclusione dell'orientamento sessuale nella immagine della persona umana costituzionalmente rilevante⁷⁰. Un pericolo di banalizzazione a mio avviso particolarmente evidente in quelle sentenze — fra le quali la decisione del Tribunale costituzionale spagnolo sul matrimonio omosessuale e la decisione *Oliari* della Corte EDU — nelle quali un peso significativo è stato attribuito alle statistiche e alle indagini demoscopiche circa il livello di accettazione dei nuovi paradigmi familiari⁷¹.

Le conclusioni di questo contributo non possono che avere carattere interlocutorio. Sia consentito tuttavia osservare che, pur con tutte le segnalate contraddizioni nell'uso dell'argomento sociologico, la pretesa di espellere i dati sociali dalle strategie di ragionamento del giudice costituzionale appare velleitaria, se non altro perché tale pretesa riflette una decisa sopravvalutazione della capacità delle corti di emanciparsi compiutamente dalle condizioni storico-politiche che le circondano. L'alternativa non è dunque fra la "sacralisation du texte" e la valorizzazione dell'argomento sociologico, quanto piuttosto fra due strategie attraverso le quali "governare" l'impiego dei dati sociali: da un lato, il ricorso occulto all'argomento sociologico e la tendenza a schiacciarlo sul consenso della maggioranza dell'opinione pubblica; dall'altro lato, un uso trasparente e verificabile di questo canone da parte di corti che non intendono abdicare al proprio ruolo di "contropotere"⁷².

Se correttamente intesa, l'integrazione del dato sociale nelle dinamiche interpretative, agendo sul piano del *Selbstverständnis* (autocomprensione, autochiarimento), appare in grado di contribuire alla definizione dell'orizzonte culturale e assiologico all'interno del quale è chiamato a muoversi l'interprete nella ricerca delle soluzioni ai propri problemi ermeneutici. La matrice innanzitutto "culturale" dell'argomento sociologico, la sua capacità di fungere da lente critica su modelli tradizionali di analisi degli istituti di diritto familiare, fornisce all'operatore del giuridico non già uno strumento per "riscrivere" le Costituzioni, ma semmai una occasione per emancipare il testo costituzionale da precomprensioni maturate nel quadro di assetti sociali dominati dal conformismo degli stili di vita.

Una operazione, quest'ultima, le cui *chances* di successo appaiono peraltro strettamente legate alla capacità dell'interprete di sganciare l'impiego dei dati sociali dalla mera "registrazione" del grado di consenso della opinione pubblica verso determinati paradigmi familiari.

70 In particolare, per l'identificazione della dignità con la premessa antropologica e concettuale dello stato costituzionale, cfr. P. Häberle, *Lo Stato costituzionale: I) Principi generali*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXX, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 2000. Per una interpretazione del principio di dignità umana e del diritto al libero sviluppo della propria personalità particolarmente sensibile rispetto al principio di autodeterminazione individuale, cfr. P. Ridola, *La dignità dell'uomo e il principio "libertà" nella cultura costituzionale europea*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., pp. 77 ss.

71 Va detto, peraltro, che in queste ultime due decisioni — e in particolare in quella del Tribunale costituzionale spagnolo — i riferimenti alle indagini statistiche e demoscopiche sembrano rappresentare un argomento *ad adiuvandum*, e quindi un riferimento aggiuntivo a sostegno di altre ragioni di giudizio.

72 Verificabilità — è importante precisare — la quale non costituisce una "grandezza certa" ma che è condizionata dalle possibilità implicite alla struttura processuale di ciascun sistema di giustizia costituzionale. Con riferimento alla Corte costituzionale italiana, per esempio, il problema della verificabilità dell'argomento sociologico chiama innanzitutto in causa un adeguato utilizzo dei poteri istruttori (sui quali, cfr. almeno T. Groppi, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, Giuffrè, 1997; M. Luciani, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi, in Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 521 ss.).

Focus

*La trascrizione dei matrimoni:
i confini di una domanda di giustizia*

Barbara Pezzini*

I confini di una domanda di giustizia (profili costituzionali della questione della trascrizione del matrimonio *same-sex* contratto all'estero)

Sommario

1. Una domanda di giustizia – 1.1. Il matrimonio all'estero come domanda di dignità – 1.2. La richiesta di trascrizione come *Litigation Strategy* – 2. Risposte istituzionali: una reazione a catena – 2.1. I confini dei poteri: l'impropria curvatura rappresentativa di una funzione dei sindaci? – 2.2. La chiusura delle istituzioni politiche – 2.3. Circolare Alfano e annullamenti prefettizi davanti alla giurisprudenza amministrativa di primo grado – 2.4. A proposito di confini: cosa pensa il Consiglio di Stato della riserva di giurisdizione in materia di stato civile? – 2.5. Se la parola passa al giudice ordinario: c'è un orizzonte oltre la sentenza 4184 del 2012 della Cassazione? – 3. In attesa della prossima puntata (considerazioni di breve periodo con riguardo alla sentenza costituzionale 138/2010 come perimetrazione della discrezionalità)

Abstract

L'articolo considera la vicenda della trascrizione dei matrimoni *same-sex* celebrati all'estero, dal punto di vista del diritto costituzionale analizzando la domanda di giustizia, le risposte della politica, le contraddizioni della giurisprudenza. I sindaci sono intervenuti con una forzatura rappresentativa del proprio ruolo in materia di tenuta dei registri dello stato civile ed il ministro dell'interno ha reagito con una netta chiusura nel merito e affidando ai prefetti un'azione repressiva che ignora la riserva di giurisdizione prevista in materia di stato civile. La giurisprudenza si divide: rovesciando le decisioni prevalenti dei Tar in primo grado, il Consiglio di Stato riconosce la legittimità del potere di annullamento dei prefetti; fonda però la propria decisione su una interpretazione del matrimonio *same-sex* come inesistente che la giurisprudenza ordinaria ha abbandonato definitivamente. La *Litigation Strategy*, che puntava a rendere visibile il tema ed a stimolare il dibattito politico, fino ad oggi, non è riuscita né ad ottenere dai giudici il riconoscimento del diritto alla trascrizione del matrimonio, né ad imporre alla politica un intervento legislativo soddisfacente.

The article aims at providing an overview of the legal attempts to secure the registration of same-sex marriages celebrated abroad from the point of view of constitutional law. As far as some Mayors forced their function as registrars (which should be held on behalf of the State rather than as politically responsible actor), the Ministry of the Interior ordered the Prefects to act against the Mayor's registrations by an ex officio cancellation of recordings, ignoring that any abrogating power remains an exclusive prerogative of the judiciary according to the law. The Judges are divided: overruling the Tar judgements, the Council of State stated that the Prefect's repeal was not unlawful; according to this decision the same-sex marriage must be considered non-existent, but such an interpretation has been definitively overtaken by the civil justice. Up to now, the adopted Litigation Strategy, that was intended to stimulate a political solution, hasn't got the recognition of same-sex marriage neither by sentence, nor by law.

* Ordinaria di Diritto Costituzionale, Università di Bergamo.

1. Una domanda di giustizia

Lo snodarsi della vicenda italiana delle trascrizioni nei registri di stato civile di matrimoni contratti all'estero tra due persone dello stesso sesso ci offre, tra i molteplici punti di vista rilevanti in questa materia, anche la possibilità (e, da un certo punto di vista, la necessità) di interrogare specifici profili costituzionalistici che emergono dalla trama della questione, il primo dei quali consiste nella presenza di una *domanda di giustizia* che approda davanti ad un giudice al quale viene chiesto di garantire la trascrizione nei registri dello stato civile italiano di un matrimonio tra cittadini/e italiani/e dello stesso sesso celebrato in uno stato estero.

La pretesa di trascrizione dello *status* coniugale acquisito all'estero — che sottende la rivendicazione di uguaglianza rispetto al trattamento delle coppie eterosessuali e di garanzia del mantenimento dei diritti acquisiti di fronte ad un diverso ordinamento — si rivela refrattaria al rispetto sia dei confini nazionali (che tradizionalmente delimitano la disciplina dei rapporti familiari), sia dei confini definiti dall'eteronormatività (che costruiscono il privilegio dell'orientamento eterosessuale e definiscono in base alla tradizione l'istituto del matrimonio¹). Ma, nello stesso tempo, costituisce manifestazione di una tendenza incorporata nel costituzionalismo contemporaneo: una volta data la possibilità di una dimensione giuridica in cui si configurano diritti inviolabili *della persona umana*, la loro tutela giudiziaria rappresenta per ogni essere umano la possibilità di inveroimento della forza precettiva della uguaglianza costituzionalmente garantita (e della pari dignità sociale senza distinzione di sesso, né di condizioni personali e sociali), in una sorta di ricaduta della promessa universalistica dei diritti "umani" (che reagisce alla degradazione di una situazione giuridica soggettiva acquisita).

C'è dunque, e innanzitutto, una rilevanza costituzionale della vicenda nella stessa domanda di accesso alla giustizia: chi si rivolge al giudice, esprime l'acquisizione nella coscienza sociale del riconoscimento e della garanzia di *diritti inviolabili*. Quanto, d'altro canto, sia importante interrogare le vicende del costituzionalismo contemporaneo a partire dalle *domande e dal basso*, ci è stato ampiamente sottolineato dalla riflessione della dottrina più avvertita², e specificamente in tutti i contesti in cui vengano in gioco, anche in senso lato, comparazioni tra ordinamenti. La costituzionalizzazione del principio di uguaglianza ha trasformato temi e modi dell'analisi del giurista moderno, indirizzandolo a concentrarsi sulle parti e sugli amministratori prima ancora che sui giudici, sui legislatori e sugli amministratori: considerando i bisogni non soddisfatti, il *bargaining power* (in termini di risorse finanziarie, informative, organizzative), il tipo di rapporti e di interessi in cui sono coinvolte le parti che agiscono davanti ad un giudice e chiedono tutela; così come apprezzando l'esistenza di garanzie costituzionali che riguardano gli interessi in gioco, nonché degli ostacoli all'accesso e delle modalità di superamento di essi nei vari contesti e nei vari paesi³.

1.1. Il matrimonio all'estero come domanda di dignità

La scelta di una coppia di persone dello stesso sesso che si sposa all'estero, in assenza del riconoscimento giuridico del matrimonio *same-sex* in Italia, espone all'esperienza di cambiare *status familiae* attraversando un confine di stato.

La discontinuità dello *status*, se guardata nel quadro di riferimento delle qualificazioni giuridiche, risulta coerente con l'assunzione della cittadinanza come criterio che determina lo statuto individuale delle persone e con il processo consolidato di "nazionalizzazione" della famiglia in atto dal diciannovesimo secolo⁴; se guardata dal punto di vista esistenziale, però, rivela un'esperienza di cui non può

1 L'eteronormatività instaura una connessione lineare tra sesso, genere e sessualità, in una concezione rigidamente binaria dei generi che naturalizza il desiderio eterosessuale e lo assume come condizione di riferimento (e, in realtà, di pensabilità: nel senso che le forme di espressione non-eterosessuali non solo vengono viste come deviazione dalla norma eterosessuale, ma sono comunque da essa regolate: non vi è, infatti, alcuna omo-, bi- trans- inter sessualità senza il riferimento alla eterosessualità e al genere come categoria binaria): si veda il vol. 4, n. 7 del 2015 della rivista *About Gender, L'eteronormatività tra costruzione e riproduzione*, in www.aboutgender.unige.it, <http://www.aboutgender.unige.it/index.php/generis/issue/view/11>.

2 Come osservato da S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Bari, Laterza, p. 7, "è all'opera un nuovo costituzionalismo, che porta in primo piano la materialità delle situazioni e dei bisogni".

3 M. Cappelletti, *Giustizia, accesso alla*, in *Enciclopedia delle scienze sociali Treccani*, Roma, Treccani, 1994, par. 4.

4 M.R. Marella, G. Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Bari, Laterza, 2014, p. 123: un processo che oggi difficilmente riesce a reggere le sfide delle società pluraliste e multiculturali e viene messo specificamente in crisi dalla relativa facilità della circolazione dei modelli giuridici e delle persone.

sfuggire il carattere problematico, proprio per la soluzione di continuità a cui espone i componenti della coppia nel processo di costruzione e nella percezione della propria identità personale.

Qual è la domanda di giustizia implicata in questa esperienza, in particolare quando la scelta di celebrare all'estero un matrimonio che non sarà riconosciuto in Italia proviene da una coppia che non ha specifici legami e collegamenti con il paese in cui viene celebrato il matrimonio⁵?

Le motivazioni di ordine soggettivo e psicologico che spingono la coppia hanno a che fare con la dimensione della dignità personale, nello specifico aspetto che attiene alla costruzione dell'identità personale attraverso le relazioni sociali (sia la specifica relazione di coppia, sia la più ampia trama delle relazioni sociali dalle quali si viene interpretati e riconosciuti); come tali, rilevano e sono immediatamente apprezzabili in una dimensione giuridicamente rilevante, della quale non può sfuggire il legame con il principio fondamentale del personalismo espresso dall'art. 2 Cost.

Oltre che per mezzo del riconoscimento e della legittimazione della relazione di coppia, l'affermazione della dignità personale si realizza attraverso l'esperienza di appartenenza ad un ordinamento non discriminatorio⁶; sotto questo secondo profilo, in particolare, proprio con l'atto di sposarsi la coppia stabilisce con l'ordinamento straniero un legame che non può essere liquidato come puramente strumentale o fittizio: al contrario, l'atto di sposarsi realizza una adesione volontaria ed una identificazione con quell'ordinamento, prescelto per l'apprezzamento e l'adesione alla sua qualità "non discriminatoria" e alle sue prestazioni "anti-subordinazione", in una sorta di "elezione di cittadinanza".

La dignità nella dimensione giuridica esprime il valore della singola persona in quanto tale, in quanto puramente e semplicemente persona umana, prima che sia pensabile o apprezzabile qualsiasi ulteriore qualificazione (cittadinanza, genere, condizione sociale) ed ha una specifica rilevanza nell'ambito di ogni riflessione costituzionale sull'uguaglianza⁷. E nella domanda di dignità emerge il secondo profilo di indubbia rilevanza costituzionale della vicenda.

1.2. La richiesta di trascrizione come *Strategic Litigation*

Ma c'è anche dell'altro che possiamo apprezzare, sempre osservando la vicenda delle trascrizioni dal lato della domanda.

Come è noto, il primo passo è stato mosso da due uomini di Latina sposati in Olanda nel 2002, la cui vicenda ha portato, nell'arco di un decennio, ad una prima parziale apertura sul tema della sentenza n. 4184/2012 della Corte di cassazione⁸: pur confermando l'impossibilità della trascrizione, la Cassazione ha, infatti, abbandonato la categoria dell'inesistenza del matrimonio *same-sex*⁹, sostituendovi l'inidoneità a produrre gli effetti di matrimonio.

Il punto merita di essere sottolineato in duplice prospettiva: innanzitutto perché nell'argomentazione della Cassazione il superamento dell'inesistenza è un adeguamento imposto dall'evoluzione della

5 Scelta possibile sia nei paesi in cui la celebrazione del matrimonio prescinde dalla residenza dei nubendi (come Norvegia, Portogallo, stato di New York), sia in quelli in cui l'acquisizione della residenza risulta particolarmente semplificata; è chiaro, invece, che, quando anche uno solo dei due coniugi ha una residenza effettiva nello stato estero di celebrazione del matrimonio, vengono in primo piano motivazioni di ordine eminentemente "pratico" connesse all'assunzione di uno *status* riconosciuto nel paese di residenza.

6 Anche la Corte europea dei diritti umani ha ripetutamente — si vedano da ultimo il par. 174 di *Oliari e altri c. Italia*, 21 luglio 2015; par. 81 di *Vallianatos c. Grecia*, 7 novembre 2013 — messo in evidenza come il riconoscimento legale della unione abbia in sé un valore intrinseco, anche a prescindere da un più preciso apprezzamento della portata dei suoi effetti legali, recando un senso di legittimazione alle coppie *same-sex*, connesso alla ufficializzazione del legame di coppia da parte dello stato e al profilo antidiscriminatorio (che riconosce la capacità di impegnarsi in relazioni stabili non diversamente da coppie eterosessuali).

7 La rilevanza giuridica del concetto di dignità apre ad una bibliografia sterminata; imprescindibile almeno G. Resta, *La dignità*, in *Trattato di biodiritto, Ambito e fonti del Biodiritto*, S. Rodotà, MC. Tallacchini (a cura di), Milano, Giuffrè, 2010, p. 259; per una aggiornata ed originale riflessione sul rapporto tra dignità e uguaglianza v. anche S. Niccolai, *Il dibattito sulla svolta universalistica e dignitaria del diritto antidiscriminatorio*, in *Diritto e Società*, 2014, p. 313. M.C. Vitucci, *La tutela internazionale dell'orientamento sessuale*, Napoli, Jovene, 2012, p. 191 e ss, rilevando che nel concetto di dignità si attua la compresenza dell'autostima e del riconoscimento, propone di assumere il principio del rispetto della dignità umana come possibile fondamento unitario del diritto all'orientamento sessuale.

8 Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenza del 15 marzo 2012, n. 4184, su cui *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, R. Torino (a cura di), Roma, RomaTrE-Press, 2013.

9 Che aveva enunciato, anche se come *obiter dictum*, in precedenti pronunce (7877 del 2000, 1304 del 1990 e 1808 del 1976) espressamente richiamate anche dalla Corte costituzionale nella sentenza 138/2010 (par. 6 C.I.D.).

CEDU e in quanto tale può essere considerato un punto di non ritorno¹⁰; in secondo luogo, in quanto determina una prima incrinatura del paradigma eterosessuale del matrimonio, che apre alla prospettiva di uno slittamento progressivo della configurazione giuridica del matrimonio e spinge a uno sforzo di rielaborazione delle categorie concettuali utilizzate¹¹.

Saranno poi due uomini sposati a New York nel 2012 a rivolgersi al Tribunale di Grosseto: otterranno, in un primo momento (3 aprile 2014), una sommaria pronuncia che ordina la trascrizione del loro matrimonio e, dopo l'annullamento per motivi procedurali ad opera della Corte d'appello di Firenze (19 settembre 2014¹²), un secondo decreto del medesimo Tribunale (17 febbraio 2015), che, più ampiamente argomentando, riconoscerà la legittimità della trascrizione ordinando al sindaco di provvedere¹³.

La prima pronuncia positiva del Tribunale di Grosseto agirà come moltiplicatore delle richieste di trascrizione indirizzate ai sindaci, sollecitati direttamente a fare propria, nella gestione degli atti di stato civile che l'ordinamento affida loro in quanto "ufficiali di stato civile"¹⁴, l'interpretazione che ritiene possibile procedere alla trascrizione dell'atto di matrimonio celebrato all'estero (sia pure nell'incertezza — o nell'ambiguità — degli effetti di tale trascrizione: se pienamente costitutivi di *status* ovvero solo dichiarativi di un fatto che resterebbe incapace di modificare per l'ordinamento italiano lo stato civile della persona)¹⁵.

L'attivismo — che non ottiene avanzamenti della giurisprudenza rispetto agli esiti della Cassazione¹⁶ — è inquadrabile nel contesto di una vera e propria *Litigation Strategy* (apertamente sostenuta nell'ambito dell'associazionismo per i diritti LGBTI da *Rete Lenford* e da *Certi diritti*¹⁷). Nel contenzioso

- 10 Così si legge a pag. 71 della sentenza: "il limitato ma determinante effetto dell'interpretazione della Corte europea ... sta nell'aver fatto cadere il postulato implicito, il requisito minimo indispensabile a fondamento dell'istituto matrimoniale costituito dalla diversità di sesso dei nubendi" e da ciò deriva, come esplicitato a p. 75 il superamento della giurisprudenza sulla diversità di sesso come requisito di esistenza "essendo stata radicalmente superata la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi è presupposto indispensabile, per così dire "naturalistico" della stessa "esistenza" del matrimonio". V. oltre anche par. 2.4.
- 11 B. Pezzini, *La sentenza 4184/2012 della Corte di Cassazione in una prospettiva costituzionale: il paradigma eterosessuale incrinato e la faticosa rielaborazione di categorie concettuali*, in *Le coppie dello stesso sesso*, R. Torino (a cura di), cit., p. 9-36.
- 12 Le due pronunce sono pubblicate in questa rivista, n. 2/2014, p. 253 sg.; il Tribunale di Grosseto, decreto del 3 aprile 2014, ordinava la trascrizione non avendo rilevato nell'ordinamento italiano alcun impedimento alla trascrizione nei registri dello stato civile dell'atto di matrimonio contratto all'estero, secondo le forme previste dalla legge straniera, non avendo la trascrizione natura costitutiva, ma soltanto certificativa e di pubblicità di un atto già valido di per sé sulla base del principio "*tempus regit actum*"; l'annullamento da parte della Corte d'appello si basa sulla erronea notifica del ricorso al comune, anziché al sindaco nella specifica veste di ufficiale del governo (sul punto v. anche oltre par. 2.1.).
- 13 In particolare, il Tribunale afferma di dover decidere se il rifiuto di trascrizione possa considerarsi legittimo alla luce di un quadro normativo "*che non può evidentemente demandare la tutela di situazioni giuridiche soggettive a possibili interventi legislativi*" e valorizza, in negativo, il superamento degli argomenti dell'inesistenza così come della contrarietà all'ordine pubblico, rilevando che l'unico ostacolo alla trascrivibilità "*sarebbe costituito da considerazioni sull'orientamento sessuale*" che ritiene "*inaccettabili*" sia ai sensi della Convenzione EDU, sia, "*ancor prima*" della Costituzione. Il decreto è pubblicato in *Articolo29*, www.articolo29.it.
- 14 Sulle ambiguità dell'intreccio nella figura del sindaco della veste di rappresentante politico della collettività locale e di quella di organo periferico dell'amministrazione centrale v. oltre par. 2.1.
- 15 Una duplice ed alla fine incerta configurazione dei presupposti e degli effetti del matrimonio estero che il decreto della Corte d'appello di Milano, 6 novembre 2015, n. 2286 segnala anche nella prospettazione dei motivi di impugnazione da parte dei ricorrenti, che: "risultano declinati sia nel senso di proporre la possibilità della trascrizione perché conseguente alla asserita validità ed efficacia del matrimonio tra persone dello stesso sesso, sia nel senso di affermare comunque la trascrivibilità del matrimonio contratto all'estero ... con riferimento all'efficacia parziale che dal matrimonio deriverebbe, o a limitati effetti della trascrizione stessa". Il decreto è pubblicato su *Articolo29*, www.articolo29.it, con nota di M. Gattuso, *Corte d'appello di Milano: no alla trascrizione, ma lettura aperta dell'art. 29*.
- 16 Oltre al Tribunale di Grosseto, solo la Corte d'appello di Napoli, 13 marzo 2015, risulta, per il momento, avere ordinato la trascrizione (in un caso peculiare, in quanto le due coniugi che hanno in comune la cittadinanza francese: una di loro ha anche la cittadinanza italiana). Respinge le istanze di trascrizione già rigettate dagli uffici di stato civile il Tribunale di Milano, 17 luglio 2014 (decisione confermata dal decreto della Corte d'appello citato nella nota precedente); il Tribunale di Pesaro 21 ottobre 2014, n. 1428, accoglie il ricorso del procuratore della Repubblica contro la trascrizione effettuata dal sindaco di Fano; anche Corte di cassazione, sentenza del 9 febbraio 2015, n.2400, conferma, insieme con l'impossibilità delle pubblicazioni — oggetto della sentenza — la non trascrivibilità. Tutte le pronunce sono reperibili in *Articolo29*, www.articolo29.it.
- 17 *Rete Lenford* indica esplicitamente tra le proprie attività di assistenza giudiziale e stragiudiziale alle persone LGBTI, il patrocinio "avverso il diniego di trascrizione del matrimonio tra persone dello stesso sesso celebrato all'estero, nel caso deciso con la sentenza della Corte di cassazione n. 4184/2012 e in altri procedimenti" sottolineando che l'associazione è impegnata non solo in attività di assistenza a molte coppie che hanno chiesto la trascrizione del loro matrimonio, ma anche "di consulenza

strategico, infatti, la pronuncia giudiziaria non interessa solo le parti formalmente in giudizio, ma mira ad avere ricadute su una pluralità di soggetti formalmente estranei al giudizio, distinguendosi dal modello tradizionale della controversia privata; inoltre, il rimedio giudiziario non è concepito solo come ripristino di una situazione o in chiave risarcitoria, ma è pensato in prospettiva e volto ad orientare l'azione del legislatore. Sono caratteristiche che qualificano le azioni propriamente giudiziarie, ma che si estendono anche alle azioni richieste ai sindaci: il riconoscimento ottenuto nel singolo comune, cui viene dato ampio risalto, viene contestualmente proposto come esempio positivo di analoghi atti di altri sindaci e come "pungolo" nei confronti degli organi statali legislativi e di governo. E, in ogni caso, la riflessione sulle prassi ed esperienze di *Litigation Strategy* mette in luce che la singola azione inserita in un contesto strategico può avere un impatto giuridico e politico significativo anche indipendentemente dal risultato positivo del caso specifico, in quanto ottiene visibilità davanti all'opinione pubblica, consente di rappresentare una visione alternativa a quella dominante o *mainstream* ed è spesso un primo passo nella direzione di un processo di riforma anche legislativo (in funzione *contro maggioritaria*).

Nel caso specifico, coinvolgendo i sindaci, la strategia punta soprattutto a rendere visibile il tema ed a stimolare il dibattito politico, agendo anche sulle contraddizioni e contrapposizioni tra un livello locale di rappresentanza politica ed il livello nazionale.

2. Risposte istituzionali: una reazione a catena

Nel momento in cui si raggiungono i sindaci, il tema cattura l'attenzione delle cronache e del dibattito pubblico e innesca una "reazione a catena" nelle istituzioni politiche¹⁸: interventi e provvedimenti di sindaci, ministro e prefetti si susseguono intrecciandosi, a loro volta, con una serie di reazioni che riconducono la vicenda alle giurisdizioni civile ed amministrativa.

Sono diversi i comuni nei quali i sindaci "aprono" alla trascrizione di matrimoni celebrati all'estero (fra i primi a giugno 2014 Napoli, luglio Bologna, settembre Empoli)¹⁹, facendo ricorso ad una varietà di strumenti di azione, che attestano un certo grado di confusione ed improvvisazione (procede con decreto il sindaco di Empoli; emanano circolari o direttive agli ufficiali di stato civile i sindaci di Bologna e di Napoli; adotta un ordine di servizio il sindaco di Pordenone; procedono materialmente alle trascrizioni, senza atti particolari, i servizi dei comuni di Roma, Milano, Livorno, Udine, Bagheria, Montelupo Fiorentino, Fano).

Laddove sono noti gli atti dei sindaci a fondamento dell'attività di trascrizione, le argomentazioni, muovendo oltre la struttura tipica della motivazione di atto amministrativo, propongono una complessa costruzione di *interpretazione adeguatrice della legge in senso costituzionalmente e convenzionalmente orientato*, con ampi richiami alle norme CEDU e alla giurisprudenza costituzionale, nonché alla giurisprudenza della Cassazione: della sentenza 4184/2012, tuttavia, non si accettano gli esiti confermativi della intrascrivibilità, ribaltati in una trascrizione senza "effetto costitutivo di diritti e obblighi giuridici soggettivi" ma con "efficacia meramente dichiarativa, idonea a rendere pubblica l'esistenza di un atto già di per sé valido, secondo la legge dello stato in cui è stato posto in essere"²⁰.

In taluni casi sono i consigli comunali, organo collegiale della rappresentanza politica locale, a sollecitare i sindaci ad operare le trascrizioni (così il consiglio comunale di Latina, il cui sindaco però

giuridica nei confronti di sindaci che intendono trascriverli o li hanno trascritti" e che patrocina il ricorso alla Corte europea dei diritti umani contro la sentenza della Cassazione n. 4184/2012 (www.retelenford.it/avvocatura-lgbt/curriculum-associazione.html); *Certi Diritti* nel documento *LGBTI Road Map Italia 2014, Strategie contenziose*, pur osservando (a inizio 2014, prima della decisione del 3 aprile di Grosseto) che le cause già esperite non hanno mai condotto ad un esito positivo, né ad un rinvio interpretativo ad altra corte, rilevata la pendenza davanti alla Corte EDU di una serie di ricorsi con i quali si contesta il diniego alla trascrizione di matrimoni e altre unioni, ritiene "utile nelle more del giudizio di Strasburgo provvedere a nuovi tentativi poggiati sulle recentissime aperture della Corte di cassazione, così come su rafforzate argomentazioni fondate sul diritto dell'UE e istanze di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia", in <http://www.certidiritti.org/wp-content/uploads/2014/04/20140303-Roadmap-con-abstract-senza-filigrana.pdf>, v. anche G. Viggiani, *Same-sex, different States. The registration of foreign same-sex marriage in Italy*, in *LGBTI Persons and Access to Justice*, A. Lorenzetti, M.F. Moscati (eds.), Wildy, Simmonds & Hill Publishing, London, 2015, p. 222.

18 M. Winkler, G. Strazio, *Il nostro viaggio. Odissea nei diritti LGBTI in Italia*, Milano-Udine, Mimesis, 2014, p. 80.

19 Le prime fasi della vicenda sono puntualmente ricostruite da G. Biagioni, *La trascrizione dei matrimoni same-sex conclusi all'estero nel recente provvedimento del Tribunale di Grosseto*, in questa *Rivista*, n. 2014, 2, p. 195.

20 La formula che compare, con minime varianti, nei provvedimenti di Bologna, Napoli ed Empoli.

rifiuta, o il consiglio comunale di Milano²¹). Si rileva uno slittamento verso linguaggi e formule più pertinenti nel contesto di una vera e propria assunzione di *responsività* politica nei confronti della comunità locale che li ha eletti, che diventerà ancora più evidente per i sindaci che agiranno dopo l'intervento del ministro dell'interno ed in polemica dichiarata con lo stesso²².

A questo punto non può mancare, né stupire, l'intervento del soggetto a cui l'ordinamento attribuisce espressamente il potere di indirizzo in materia di funzione di tenuta dei registri dello stato civile (art. 9 d.p.r. 396/2000: "1. L'ufficiale dello stato civile è tenuto ad uniformarsi alle istruzioni che vengono impartite dal Ministero dell'interno. 2. La vigilanza sugli uffici dello stato civile spetta al prefetto"); da un lato, il ministro ha la necessità di aggiornare le proprie direttive in materia²³ alla luce dell'evoluzione interpretativa che è stata imposta dalla sentenza 4184 della Corte di cassazione²⁴; dall'altro, ha la responsabilità di garantire una applicazione uniforme sul territorio nazionale.

La circolare del ministro Alfano del 7 ottobre 2014 intende arrestare la prassi innovativa promossa dai sindaci: nel merito, contestando la soluzione interpretativa con cui le trascrizioni sono state giustificate, e per quanto riguarda gli strumenti di intervento, sollecitando i prefetti ad una azione di controllo e repressione (dopo avere formalmente invitato i sindaci al ritiro degli atti di indirizzo e alla cancellazione delle trascrizioni, dovranno procedere, in caso di inerzia, all'annullamento d'ufficio degli atti illegittimamente adottati).

La circolare Alfano non ferma, come si è visto, l'iniziativa dei sindaci, ma sollecita a sua volta il seguito giudiziario delle vicende: in alcuni casi, alle trascrizioni operate dai sindaci aveva già fatto seguito il ricorso da parte del procuratore della Repubblica (ex art. 95, co. 2, del regolamento di stato civile n. 396/2000) all'autorità giudiziaria che aveva ordinato la cancellazione (così, Tribunale di Pesaro cit. sopra in nota 15); in altri, è l'intervento del prefetto — l'annullamento e l'annotazione dello stesso a margine delle trascrizioni²⁵ — a provocare la reazione di chi aveva richiesto la trascrizione in sede giudiziaria, in particolare agendo per l'annullamento degli atti prefettizi davanti alla giustizia amministrativa.

2.1. I confini dei poteri: l'impropria curvatura rappresentativa di una funzione dei sindaci?

Nei confronti dei sindaci, la circolare Alfano rappresenta comunque uno spartiacque: se, prima di essa, la trascrizione appare sorretta da un'attività, più o meno convincente, di interpretazione della legge autorizzata dalla novità marcata dalla Cassazione 4184/2012 — che quantomeno permette di considerare superate le indicazioni delle precedenti circolari, nella misura in cui abbandona l'argomento del limite dell'ordine pubblico su cui quelle si basavano —, una volta che il ministro ha preso una esplicita posi-

-
- 21 La mozione del 17 aprile 2014, del consiglio comunale di Latina, n. 35, è consultabile nelle delibere del consiglio: www.comune.latina.it, http://212.66.110.89/AlboPretorio/Bacheca/coatti03.aspx?id=2566664&noFirma=N&bac_codice=5&nal=3; per il comune di Milano, la stampa ha dato notizia che il 6 ottobre 2014 il consiglio comunale ha approvato l'ordine del giorno Gibellini-Cappato: "Il Consiglio Comunale INVITA il sindaco a trovare le migliori modalità al fine di poter trascrivere su richiesta degli interessati gli atti attestanti la celebrazione di matrimoni contratti all'estero tra persone dello stesso sesso e a farsi promotore, presso l'Associazione Nazionale Comuni Italiani, dell'attuazione di un documento di sostegno al matrimonio egualitario e al riconoscimento di pieni ed uguali diritti alle coppie dello stesso sesso. Invita la Giunta a promuovere iniziative inclusive di tutte le famiglie e rispettose dei diritti e doveri per ciascuna di esse", v. sul sito di *Pressenza – International Press Agency*, <http://www.pressenza.com/it/2014/10/consiglio-comunale-milano-6-ottobre-2014-riconoscere-i-matrimoni-contratti-al-lestero-sesso/>.
- 22 Le dichiarazioni del sindaco di Milano, che afferma apertamente di contrapporsi alla circolare Alfano, sono riportate dalla stampa in data 9 ottobre 2014, si veda ad es.: http://milano.repubblica.it/cronaca/2014/10/09/news/nozze_gay_pisapia_rilancia_contro_alfano_ho_trascritto_sette_matrimoni_celebrati_all_estero-97734882/.
- 23 Ancora nella circolare del 18 ottobre 2007, n. 55, il divieto di trascrizione era fondato sul con l'ordine pubblico interno: "si ricorda che in mancanza di modifiche legislative in materia, il nostro ordinamento non ammette il matrimonio omosessuale e la richiesta di trascrizione di un simile atto compiuto all'estero deve essere rifiutata perché in contrasto con l'ordine pubblico interno".
- 24 Che richiama esplicitamente, evitando comunque di riproporre l'argomento dell'ordine pubblico e richiamandosi alla riserva al legislatore nazionale di ogni intervento implicante un superamento del paradigma eterosessuale del matrimonio, anche se con effetti limitati alla conoscibilità e pubblicità di uno *status* che, in quanto tale, non sarebbe in grado di produrre effetti in Italia ("nonostante la trascrizione abbia natura meramente certificativa e dichiarativa").
- 25 Per quanto riguarda il comune di Roma, ad esempio, il prefetto, con decreto prot. 247747/2014 del 31 ottobre 2014, richiamata la circolare Alfano del 7 ottobre 2014 e ritenuto che il sindaco non aveva proceduto all'annullamento della trascrizione di tali matrimoni, cui era stato in precedenza invitato dallo stesso prefetto, decretava l'annullamento delle trascrizioni ed ordinava al sindaco di annotare il provvedimento nel relativo registro dello stato civile; il 5 dicembre 2014 un delegato del prefetto si recava negli uffici dello stato civile del comune per effettuare materialmente la cancellazione delle trascrizioni, mediante annotazione del decreto prefettizio a margine.

zione contraria la trascrizione risulta consapevolmente e apertamente disposta *in contrasto* con il potere di indirizzo del ministro in questa materia.

È questo un nodo sottovalutato o eluso dalla *Litigation Strategy*.

Ai sindaci vengono rivolte domande che intrecciano e sovrappongono impropriamente due ruoli — di ufficiale di governo e di organo monocratico esponenziale della collettività locale — distinti per fondamento e legittimazione, rischiando di sollecitare un esercizio “sviato” dei poteri attribuiti nello specifico; viene loro richiesto di agire in nome di una *rappresentanza politica della collettività locale* che, nello svolgimento della funzione di tenuta dei registri dello stato civile, in realtà non c’è e non ci può essere²⁶: ne risulta una forzatura della rappresentatività dell’organo monocratico, che è ricorrente da quando, in forza della legittimazione attribuita dall’elezione diretta, il sindaco è stato onorato e onerato di un sovraccarico di rappresentatività, trovandosi direttamente investito a trecentosessanta gradi dalle domande politiche che provengono dalla collettività locale²⁷. La forza della componente rappresentativa della figura del sindaco prende il sopravvento, anche attraendo e catalizzando intorno a sé domande di giustizia e dignità, alle quali però, nel caso di specie, non è oggettivamente nelle condizioni di fornire risposta adeguata, tale non potendo evidentemente essere la costruzione di un sistema dello stato civile “a macchia di leopardo”.

E per quanto la reazione a catena si espanda *in orizzontale* (ove è scattata tra i sindaci una sorta di emulazione politica, di portata significativa benché quantitativamente limitata, che ha creato il “caso politico”, guadagnando visibilità ai problemi delle coppie dello stesso sesso), fallisce nella *dimensione verticale* (dove, nonostante il clamore mediatico, l’inerzia del legislatore non è ancora stata superata). Una risposta di sistema in termini di riforma legislativa non si produce, e con essa si perde la possibile funzione *contro maggioritaria* della *Litigation Strategy*.

La linea di demarcazione che separa distinzione i due ruoli del sindaco viene percepita problematicamente anche in giurisprudenza.

Da un lato, abbiamo già visto come la Corte d’appello di Firenze abbia annullato il primo decreto del Tribunale di Grosseto constatando una violazione del principio del contraddittorio, perché in primo grado era stato evocato in giudizio il Comune di Grosseto, mentre le attribuzioni in materia di stato civile spettano al sindaco in quanto delegato del governo ed il ministro avrebbe dovuto essere parte necessaria del procedimento. Sulla stessa linea, quando il comune di Udine interviene *ad adiuvandum* nel giudizio davanti al Tar Friuli, il giudice amministrativo non solo ritiene inammissibile l’intervento, rilevando che “l’interesse del Comune in quanto tale può essere di tipo ideologico, politico o di altro genere, ma non certo giuridicamente apprezzabile in sede di giudizio amministrativo di legittimità e tale da giustificare un intervento *ad adiuvandum* (e nemmeno in ipotesi un intervento *ad opponendum*)”, ma trasmette gli atti di causa alla Procura regionale della Corte dei Conti, per l’eventuale danno erariale in relazione alla somma stanziata dal Comune per il suo intervento in giudizio (1.459,12 euro) e posta a carico del bilancio comunale²⁸.

Il Tar Lombardia apprezza invece diversamente, e positivamente, l’intervento del sindaco e del comune di Milano, non solo *ad adiuvandum* nei confronti della coppia dello stesso sesso coniugata all’estero che agisce contro l’annullamento prefettizio della trascrizione che aveva ottenuto, ma anche in proprio²⁹; tanto che, una volta declinata la propria giurisdizione in merito al ricorso della coppia, ammette ed accoglie il ricorso del comune e del sindaco, perché la titolarità di una posizione sostanziale conferisce la legittimazione ad agire a tutela delle funzioni attribuite direttamente dalla legge, senza che assumano rilievo determinante la qualifica di ufficiale del governo del sindaco e la sottoposizione della

26 Per l’art. 1 del d.p.r. 396/2000: “Ogni comune ha un ufficio dello stato civile. 2. Il sindaco, quale ufficiale del Governo, o chi lo sostituisce a norma di legge, è ufficiale dello stato civile”; ai sensi dell’art. 54, co. 3, del d.lgs. 267/2000 “Il sindaco, quale ufficiale del Governo, sovrintende, altresì, alla tenuta dei registri di stato civile e di popolazione e agli adempimenti demandatigli dalle leggi in materia elettorale, di leva militare e di statistica”.

27 Innegabile l’analogia con l’impropria curvatura rappresentativa impressa alle ordinanze sindacali dalla riforma del 2008 dell’art. 54 del testo unico enti locali: v. *Le ordinanze sindacali in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana. Origini, contenuti, limiti*, A. Lorenzetti, S. Rossi (a cura di), Napoli, Jovene, 2011.

28 Tribunale amministrativo regionale Friuli Venezia Giulia, sentenza del 21 maggio 2015, n. 228, in *Articolo29*, www.articolo29.it.

29 I ricorrenti avevano impugnato il decreto 4 novembre 2014, prot. n. 0084149/2014, con il quale il prefetto di Milano aveva disposto l’annullamento della trascrizione; successivamente, sindaco e comune hanno presentato un ricorso per motivi aggiunti chiedendo l’annullamento del provvedimento prefettizio dell’11 febbraio 2015, n. 0011886/2015, di delega al vice prefetto e finalizzato all’annotazione del decreto prefettizio n. 84149/2014 di annullamento delle trascrizioni del matrimonio della coppia ricorrente, unitamente alle tredici annotazioni effettuate in pari data, riguardanti ulteriori analoghi atti di matrimonio ritenuti non trascrivibili.

sua attività al potere gerarchico del prefetto o del ministro, giacché non si è al cospetto di una gerarchia propria (che consentirebbe al superiore di annullare l'atto del sottoposto in via diretta, inibendo l'intervento del giudice)³⁰.

2.2. La chiusura delle istituzioni politiche

Anche a prescindere dalle perplessità suscitate dall'intervento dei sindaci, non pare discutibile l'esigenza di un indirizzo sulla questione delle trascrizioni che sia univoco ed unitario su tutto il territorio nazionale.

È semmai nel merito che la risposta delle istituzioni politiche alla domanda di giustizia si rivela deludente.

La circolare Alfano, negando qualsiasi forma di riconoscimento del matrimonio all'estero, si limita a ribadire che "l'eventuale equiparazione dei matrimoni omosessuali a quelli celebrati tra persone di sesso diverso e la conseguente trascrizione di tali unioni nei registri dello stato civile rientrano nella competenza esclusiva del legislatore nazionale".

Nessuna apertura alla sostanza della domanda di giustizia, nessuna dichiarazione che garantisca un impegno del governo sul tema, nessuna prospettiva di soluzione alla condizione di degradazione dello *status* e di incertezza giuridica delle coppie *same-sex* coniugate all'estero una volta rientrate in Italia. Il governo non solo conferma nei fatti la chiusura alla prospettiva del matrimonio per tutti, ma evita accuratamente di richiamare la discussione in corso in sede parlamentare sulla disciplina delle unioni civili tra persone dello stesso sesso — all'interno della quale viene affrontato anche il tema delle trascrizioni dei matrimoni —, omettendo qualsiasi impegno, fosse anche solo quello della definizione di un orizzonte temporale certo. Si noti che, invece, la difesa del governo davanti alla Corte di Strasburgo nella discussione sul caso Oliari³¹, aveva richiamato le dichiarazioni del presidente del consiglio sulla massima priorità assegnata al riconoscimento legale delle unioni civili *same-sex* e sulla sostanziale corrispondenza dei contenuti del d.d.l. n. 14 in discussione al senato alla istituzione matrimoniale³²; con una certa qual spregiudicatezza, il governo si era persino spinto a sostenere che, in seguito alla decisione del Tribunale di Grosseto, la registrazione dei matrimoni celebrati all'estero sarebbe diventata prassi comune in Italia³³.

Affidata alla dialettica parlamentare (d.d.l. Cirinnà)³⁴, la risposta consiste nella conversione dei matrimoni esteri in unione civile: una "degradazione" che, per di più, utilizza una tecnica normativa di rinvio (delegazione legislativa)³⁵, particolarmente deludente in un contesto già segnato da ritardi oltre ogni tollerabilità (che hanno condotto alla condanna dell'Italia nel caso Oliari).

Alla chiusura sul piano politico la circolare Alfano accosta una insolita durezza nell'esercizio del potere di vigilanza e controllo nei confronti dei sindaci, non limitandosi ad utilizzare il potere di indirizzo indubbiamente — ed opportunamente — spettante al ministro in questa materia, né a sollecitare

30 Tribunale amministrativo regionale Lombardia, Sezione Terza, 29 settembre 2015, n. 2037.

31 Corte europea dei diritti umani, 21 luglio 2015, *Oliari and Others v. Italy*, C - 18766/11 e 36030/11, pubblicata in *Articolo29*, www.articolo29.it, con nota di G. Zago, *A victory for italian same-sex couples, a victory for European homosexuals? A commentary on Oliari v. Italy*.

32 Par. 126: "They referred particularly to the President of the Italian Council of Ministers, who had publicly claimed to have assigned top priority to the legal recognition of same-sex unions and to the imminent discussion and examination in the Senate of Bill no. 14 on civil unions for same-sex couples, which, in terms of obligations, specifically corresponded to the institution of marriage and the rights therein, including adoption, inheritance rights, the status of a couple's children, health care and penitentiary care, residence and working benefits".

33 Par. 127: "they referred to ... the decision of the Tribunal of Grosseto (see paragraph 37 above): according to the Government, subsequent to the latter decision registration of such marriages became the common practice (an example was the decision of the Municipality of Milan of 7 May 2013)".

34 Nella quale, però, la difficoltà di raggiungere una sintesi sul tema tra le diverse componenti del governo Renzi gioca un ruolo non secondario, come rendono noto le cronache politiche che accompagnano le varie fasi dell'iter parlamentare (da ultimo, nell'ottobre 2015, in occasione dell'incardinamento in aula del d.d.l. Cirinnà *bis* e della discussione sulle ipotesi di calendarizzazione, vengono evidenziati i contrasti tra gli esponenti del Nuovo Centro Destra, la c.d. componente catto-dem e l'area laica del Partito Democratici, paventando convergenze con parti dell'opposizione, in particolare del Movimento 5 Stelle, e sottolineandone i rischi per la tenuta della maggioranza).

35 L'art. 7, 1, lett b) del ddl Cirinnà (conservato anche nella seconda versione d.d.l. Cirinnà *bis*), dispone la delega al governo ad adottare d.lgs. di modifica e riordino delle norme in materia di diritto internazionale privato, prevedendo l'applicazione della disciplina della unione civile tra persone dello stesso sesso regolata dalle leggi italiane alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all'estero matrimonio, unione civile o altro istituto analogo.

la vigilanza dei prefetti³⁶, alla quale potrebbe seguire, quando fossero ravvisati comportamenti difformi dalle direttive impartite, la segnalazione al Procuratore della Repubblica ai fini del suo intervento ex art. 95 del d.p.r. 396/2000; come visto sopra, la circolare chiede ai prefetti di procedere fino “all’annullamento d’ufficio degli atti illegittimamente adottati, ai sensi del combinato disposto degli articoli 21 *nonies* della legge 241 del 1990 e 54, commi 3 e 11, del d.lgs 267/2001”³⁷.

Ciò che la circolare sembra ignorare è il *regime speciale* che caratterizza l’ordinamento di stato civile, configurando una “amministrazione pubblica di diritto privato esercitata da organi giudiziari”³⁸, a cui fondamento sta la necessità di una tutela svolta da organi giurisdizionali su ogni contestazione relativa alle vicende degli atti di stato civile. La riserva di giurisdizione, che deriva dagli art. 95 d.p.r. 396/2000 e 453 c.c., non concerne il primo grado dell’atto (l’attività amministrativa di trascrizione ai fini di certezza) ma un secondo grado della vicenda trascrittiva (quando viene messa a tema una rettificazione, ricostituzione, formazione di atto omesso, cancellazione di atto indebitamente registrato, opposizione al rifiuto), partecipando, secondo le forme della volontaria giurisdizione, delle garanzie della giurisdizione (l’imparzialità tipica della giurisdizione restando presente, ma con l’attenuazione data dall’inidoneità alla cosa giudicata).

La necessità di coordinare la riserva di giurisdizione in materia di stato civile con i poteri di indirizzo, vigilanza e intervento nella catena di comando ministro – prefetto – sindaco, impone di riflettere sui confini tra giurisdizione e amministrazione.

2.3. Circolare Alfano e annullamenti prefettizi davanti alla giurisprudenza amministrativa di primo grado

La giurisprudenza amministrativa, chiamata in causa a valle degli interventi prefettizi sulle trascrizioni, individua in primo grado uno sconfinamento dell’esecutivo a danno della giurisdizione (con l’isolata eccezione del Tar Veneto³⁹).

Per il Tar Lazio⁴⁰ e Friuli Venezia Giulia⁴¹ ne consegue l’annullamento del provvedimento del prefetto.

Per quanto riguarda il Tar Lazio, l’esercizio di un diretto di intervento del prefetto sui registri dello stato civile non è legittimo, anche se va riconosciuta la legittimità della circolare Alfano nella parte in cui afferma l’intrascrivibilità dei matrimoni tra persone dello stesso sesso in considerazione del difetto di un requisito sostanziale richiesto dalla normativa vigente in materia di stato e capacità delle persone (la diversità di sesso dei nubendi), che non può essere superato dalla mera circostanza dell’esistenza di una celebrazione valida secondo la *lex loci* ma priva dei requisiti sostanziali prescritti dalla legge italiana relativamente allo stato e alla capacità delle persone. In particolare, la sentenza del Tar Lazio n. 3912/2015, rileva che la normativa esclude qualsivoglia intervento sostitutivo del prefetto (se non quello, espressamente previsto, per il caso di inerzia del sindaco) e attribuisce ad un organo terzo, in via esclusiva, il

36 L’art. 104 del D.P.R. n. 396 cit. prevede che “il prefetto, o chi da lui delegato, si deve recare almeno una volta ogni anno negli uffici dello stato civile compresi nella propria provincia per verificare se gli archivi sono tenuti con regolarità e con precisione”; si tratterebbe di rapporto di vigilanza generico, che non sottrae la titolarità della funzione all’organo vigilato, unico soggetto individuato dalla legge a svolgere quel compito (in tal senso, Tribunale amministrativo regionale Abruzzo, L’Aquila, I, sentenza del 3 dicembre 2014, n. 860; Tribunale amministrativo regionale Lombardia, Milano, II, sentenza del 8 febbraio 2011, n. 384).

37 Ai sensi dell’art. 54, co. 11, del d.lgs. 267/2000 “nel caso di inerzia del sindaco o del suo delegato nell’esercizio delle funzioni previste dal comma 10, il prefetto può intervenire con proprio provvedimento”.

38 G. Zanobini, *Sull’amministrazione pubblica di diritto privato*, Milano, Società editrice libraria, 1918.

39 Il Tribunale amministrativo regionale del Veneto, Sezione Prima, sentenza del 29 luglio 2015, n. 878, inquadra gerarchicamente la relazione tra ministro, prefetto e sindaco in ordine alla funzione di tenuta dei registri di stato civile e in tale contesto ridimensiona la riserva di legge dell’art. 95 reg. ord. st. civ. leggendo la disposizione nel senso “che essa abbia quale punto di riferimento il singolo individuo che chiede la rettificazione di un atto di stato civile che lo riguardi, e non anche il Ministro dell’Interno, ovvero il prefetto, nell’atto di rimuovere l’illegittima trascrizione di una tipologia di matrimonio allo stato non riconosciuto dall’ordinamento giuridico, a fronte, peraltro, del rifiuto espresso da parte del sindaco in questione di procedere in tal senso”.

40 Tribunale amministrativo regionale Lazio, sentenze nn. 3907-3911-3912/2015; per un commento su questo punto v. F.V. Virzì, *La trascrizione del matrimonio omosessuale e la potestà amministrativa di autotutela dinanzi all’atto di certezza. Commento alla sentenza Tar Lazio, Sezione I-ter, n. 3912, 2015*, in Osservatorio AIC, www.osservatorioaic.it, 2015.

41 Tribunale amministrativo regionale Friuli Venezia Giulia, sentenza del 21 maggio 2015, n. 228, in *Diritti fondamentali*, www.dirittifondamentali.it.

potere di incidere sui registri dello stato civile così come risultano gestiti dal sindaco; aggiunge anche che la particolarità dell'intervento dell'autorità giudiziaria trova fondamento nel diverso rilievo che l'ordinamento attribuisce alla materia dello stato civile rispetto alla gestione della pubblica sicurezza, che si caratterizza più per l'aspetto tecnico-operativo che ben giustifica l'esistenza di un rapporto di dipendenza gerarchico-funzionale fra prefetto e sindaco.

Il Tar Friuli, nella sentenza n. 228/15, pur premettendo l'illegittimità della trascrizione disposta dal sindaco di Udine, ritiene che il provvedimento prefettizio impugnato non sia idoneo a eliminarla dall'ordinamento, per ragioni fondate sulla prevalenza della disciplina speciale dell'ordinamento di stato civile su quella generale degli atti amministrativi. Osserva, infatti, che l'art. 9 del d.p.r. n. 396/2000 conferisce al ministro il potere di "indirizzo" ed al prefetto il potere di "vigilanza" sugli uffici di stato civile: quest'ultima trova specificazione nel medesimo decreto ove si indicano gli atti dei quali si deve dare comunicazione al prefetto prevedendo, all'articolo 104, le verificazioni che egli deve compiere presso gli uffici di stato civile che, ex articolo 105, si concludono con la redazione di un verbale e non con la modifica delle risultanze dei registri di stato civile o con l'adozione di provvedimenti destinati a tal fine. In sostanza, la normativa di riferimento non prevede un potere di annullamento o d'intervento diretto dell'amministrazione dell'interno sugli atti dello stato civile e il potere sostitutivo può essere esercitato solo nel caso di inerzia e non, come nel caso di specie, nell'ipotesi in cui il sindaco abbia esercitato — ancorché illegittimamente — le funzioni; d'altra parte il prefetto, sostituendosi al sindaco, non potrebbe esercitare poteri maggiori di quelli vantati da questo ultimo, il quale non può annullare le trascrizioni, sicché atti del genere non può assumerli neanche il prefetto. La normativa speciale prevista per la tenuta dei registri di stato civile prevede un unico mezzo per modificare e correggere un atto di stato civile illegittimo, il ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria ex articolo 95 del d.p.r. 396 del 2000; trattandosi di una normativa esaustiva e compiuta al suo interno, non vi è alcuna necessità né di ricorrere alle norme generali sul provvedimento amministrativo né ad alcun tipo di applicazione analogica o estensiva.

I Tar della Toscana⁴² e della Lombardia⁴³, invece, traggono dalla riserva di giurisdizione la più radicale conseguenza dell'inammissibilità dei ricorsi delle coppie che avevano chiesto, e in un primo momento anche ottenuto, la trascrizione per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Per il solo Tar di Milano la giurisdizione del giudice amministrativo sussiste, tuttavia, per prendere in esame la posizione del sindaco e del comune in quanto soggetti pubblici che hanno un interesse qualificato alla corretta gestione del servizio, tipicamente statale, loro delegato; diversamente, infatti, secondo il Tar, si potrebbe profilare un vuoto di tutela contrastante con l'art. 113 Cost. in relazione ad un rapporto di diritto pubblico, quale è quello intercorrente tra comune, ministero e prefettura, avente ad oggetto una potestà di tipo pubblicistico, quale è la tenuta dei registri dello stato civile. Secondo il Tar lombardo, la posizione dei soggetti interessati dall'atto di trascrizione assume la consistenza di diritto soggettivo perfetto che — laddove ritenuto sussistente dal giudice ordinario, quale giudice naturale dei diritti — non potrebbe essere compresso o degradato per il tramite di un provvedimento amministrativo; in materia di stato delle persone, infatti, non può ammettersi un intervento atipico dell'autorità amministrativa, ma si deve affidare ad un organo indipendente la definitiva conformazione delle posizioni: da ciò deriva che il comune e il sindaco non possono essere obbligati a modificare il contenuto degli atti già trascritti, pena la violazione della normativa di settore — ossia dell'ordinamento dello stato civile — e la concreta possibilità di produrre delle lesioni dello *status* giuridico di soggetti dell'ordinamento, unitamente al concreto rischio di essere esposti a profili di responsabilità nei diversi ambiti.

2.4. A proposito di confini: cosa pensa il Consiglio di Stato della riserva di giurisdizione in materia di stato civile ?

L'orientamento amministrativo, che pareva profilarsi nel senso di una individuazione nella sola giurisdizione civile della sede competente a conoscere di ogni eventuale contestazione in ordine alla possibilità di trascrizione di un matrimonio *same-sex* contratto all'estero, viene però contraddetto dalla sentenza del Consiglio di stato, terza sezione, 26 ottobre 2015, n. 4897⁴⁴.

Il Consiglio di stato, accogliendo l'appello proposto dal ministro dell'interno e dal prefetto, riconosce la legittimità dell'annullamento della trascrizione da parte del prefetto in esecuzione degli indirizzi del ministro: la potestà di annullamento, secondo il Consiglio di stato, è conseguenza del potere gerarchico di sovraordinazione del prefetto al sindaco nella funzione di tenuta dei registri di stato civile

42 Tribunale amministrativo regione Toscana, I, sentenza del 25 settembre 2015, n. 1291.

43 Tribunale amministrativo regione Lombardia, sentenza del 29 settembre 2015, n. 2037.

44 E dalle contestuali n. 4898 e 4899, che ne riproducono testualmente la motivazione; le tre sentenze riformano, nell'ordine, i giudizi del Tribunale amministrativo regionale Lazio n. 3912, 3907 e 5924 del 2015.

e deve “intendersi implicitamente implicata dalle funzioni di direzione (art. 54, comma 12, d.lgs. cit.), sostituzione (art. 54, comma 11, d.lgs. cit.) e vigilanza (art. 9, comma 2, d.P.R. cit.)».

D’altro canto, diversamente da quanto ritenuto in primo grado dal Tar, per il Consiglio di stato non vi sarebbe stato alcuno sconfinamento nel territorio della giurisdizione riservata al giudice ordinario.

Sia per una lettura restrittiva dell’espressione “annotazione” usata nell’art. 453 c.c. (che non può ritenersi ostativo all’esercizio dei poteri di eliminazione dell’atto da parte dell’autorità amministrativa titolare della funzione di tenuta dei registri dello stato civile ma deve intendersi limitato all’affidamento al giudice ordinario dei soli poteri di annotazione); sia in quanto la legge “postula, per la sua applicazione, l’esistenza di atti astrattamente idonei a costituire o a modificare lo stato delle persone”, mentre la trascrizione di un matrimonio *same-sex* celebrato all’estero deve essere ritenuta un atto “radicalmente inefficace” e “del tutto incapace di assegnare alle persone menzionate lo stato giuridico di coniugato” rendendo l’esigenza del controllo giurisdizionale recessiva (se non inesistente).

Ed anzi, il sistema del controllo giurisdizionale appare al Consiglio di stato unicamente rivolto alla tutela dei diritti e degli interessi delle persone fisiche contemplate nell’atto, mentre non sarebbe funzionale alla protezione di interessi pubblici (dal momento che il procuratore della repubblica avrebbe una mera facoltà e non il dovere di intervenire in presenza di violazioni di legge); tale esigenza risulterebbe “soddisfatta solo da un adeguato strumento amministrativo di correzione di atti dello stato civile abnormi ed eseguiti in difformità dalle istruzioni impartite dall’autorità statale titolare della funzione”, identificato nell’intervento del prefetto in autotutela gerarchica, capace di garantire quell’uniformità di indirizzo sul territorio nazionale che il giudice ordinario “per il carattere diffuso e indipendente della sua attività rischia di vanificare”.

La sentenza, inoltre, respingendo l’appello incidentale proposto in relazione alla statuizione della sentenza di primo grado relativa alla illegittimità della trascrizione, ricostruisce il requisito della diversità di sesso tra i coniugi come prima condizione di validità ed efficacia del matrimonio.

Nella pronuncia del Consiglio di stato emergono alcune incoerenze, che indeboliscono la trama argomentativa.

La sentenza muove preliminarmente dal tema dell’appello incidentale, qualificando il requisito della diversità di sesso dei nubendi non solo in base a quella interpretazione sistematico-originalista condivisa anche dalla giurisprudenza costituzionale (“secondo le regole codificate negli artt. 107, 108, 143, 143 bis e 156 bis c.c.”), ma con esplicita evocazione degli argomenti tradizionalista e del diritto naturale (sottolinea, infatti, “in coerenza con la concezione del matrimonio afferente alla millenaria tradizione giuridica e culturale dell’istituto, oltre che *all’ordine naturale costantemente inteso e tradotto nel diritto positivo*” – corsivo ns.). Questa ricostruzione fa da sfondo alla qualificazione del vizio “che affligge il matrimonio celebrato (all’estero) tra persone dello stesso sesso”: la sentenza, da un lato, dichiara che si può prescindere da qualsiasi qualificazione per rilevare che “un atto siffatto risulta sprovvisto di un elemento essenziale ... ai fini della sua idoneità a produrre effetti” — richiamando la giurisprudenza di Cassazione e ad essa, apparentemente, allineandosi; dall’altro, però, qualifica l’atto di trascrizione, indicandolo via via l’atto come: invalido (cioè nullo), inesistente, privo della indefettibile condizione che è connotazione ontologica essenziale del matrimonio (così nel par. 2.1.), non solo illegittimo, ma inesistente “o, comunque, *abnorme, nel senso etimologico latino di fuori dalla norma*” (nel par. 3.3), radicalmente inefficace e del tutto incapace di assegnare lo stato giuridico di coniugato (nel par. 3.6).

L’incertezza e l’ambiguità nel ricorso a figure di vizio ben diverse tra di loro, impiegate come se fossero fungibili, non può non riflettersi sulla persuasività della ricostruzione: la sentenza non chiarisce quanto l’esigenza di un potere di annullamento diretto del prefetto si fondi sulla abnormità del vizio e quanto sulla esigenza di garantire la linea di comando ministro – prefetto – sindaco di fronte alla difformità dalle istruzioni impartite dall’autorità statale (“semplice” illegittimità).

D’altro canto, dichiarando che “dalla catalogazione squisitamente dogmatica del vizio” si può prescindere, la sentenza reintroduce l’argomento dell’inesistenza del matrimonio *same-sex* senza affrontare esplicitamente il confronto con la Corte di cassazione per la quale, come già visto, l’abbandono di tale categoria deve considerarsi definitivo, in quanto imposto da una interpretazione convenzionalmente orientata⁴⁵.

Contraddittoria appare anche quando afferma che allo stato la normativa escluderebbe “qualsivoglia omologazione” tra le unioni omosessuali e quelle etero (par. 2.8), dimenticando che, richiamando la giurisprudenza costituzionale, ha osservato che la Corte nella sentenza 138/2010 si è riservata “di dichiarare

45 V. sopra par.1.2, nt. 12. La questione è diversa da quella che il Consiglio di stato affronta nel par. 2.5: pure escludendo che allo stato la Cedu imponga agli stati membri il riconoscimento del matrimonio *same-sex*, si deve prendere atto della caduta del presupposto della conformazione unicamente eterosessuale del matrimonio.

l'incostituzionalità di irragionevoli disparità in ipotesi particolari": per le quali, quindi, il trattamento omogeneo non solo non sarebbe escluso, ma addirittura si impone (par 2.4).

Incerto resta anche il fondamento del potere di annullamento. La sentenza ritiene che l'annullamento di un atto illegittimo da parte di organo diverso da quello che l'ha emanato sia ammesso tutte le volte in cui la legge attribuisce potestà di controllo e di sovraordinazione gerarchica *"che implica univocamente anche l'esercizio di poteri di autotutela"*; però, di tale implicazione *"univoca"* non fornisce dimostrazione: la giurisprudenza di Cassazione citata a questo proposito nel par. 3.2 non risulta decisiva, dal momento che richiama la dipendenza gerarchica del sindaco dal ministro per riconoscere la legittimazione passiva dello stato e non del comune, senza definire in alcun modo *l'estensione* dei poteri connessi al rapporto tra sindaco, prefetto e ministro, né tantomeno riconoscere esplicitamente il potere di annullamento in sostituzione; d'altro canto, anche quando richiama il proprio precedente (Sez. V, 19 giugno 2008, n. 3076), il Consiglio di stato non argomenta specificamente sulle ragioni dell'assimilazione tra le funzioni della sicurezza pubblica, cui si riferisce la giurisprudenza citata, e quella dello stato civile⁴⁶, che risultano accostate un po' sbrigativamente a fronte dell'esigenza di *"assicurare la correttezza e l'uniformità dell'amministrazione dei compiti statali delegati dalla legge al sindaco"* — essendo correttezza e uniformità carattere troppo generale e diffuso dell'azione amministrativa per risultare decisivo; e, infatti, torna a rendere *"pregnante"* l'esigenza di autotutela l'evocazione di un atto *"non solo illegittimo, ma inesistente o, comunque, abnorme, nel senso etimologico latino di <fuori dalla norma>"*.

Ed è su questo nodo che si profila una divergenza sostanziale con la giurisprudenza ordinaria⁴⁷, per la quale, nelle parole usate dal decreto della Corte d'appello di Milano la cui pubblicazione segue di poche settimane quella della decisione del Consiglio di stato: *"l'inidoneità dell'atto alla produzione degli effetti giuridici che gli sono propri [è] categoria non ignota al diritto [che] si caratterizza nella prospettiva della Corte come una inefficacia in senso stretto, non conseguenza di altro vizio, e si propone come reazione dell'ordinamento nei confronti di un negozio di cui si riconosce, in relazione a quadro normativo e giurisprudenziale europeo del quale l'ordinamento stesso fa parte, la intrinseca validità, oltre che la consistenza sociale, ma i cui effetti vitali sono però preclusi nel nostro paese dalla mancata previsione legislativa"*⁴⁸.

2.5. Se la parola passa al giudice ordinario: c'è un orizzonte oltre la sentenza 4184/2012 della Cassazione?

Il passaggio attraverso la giurisdizione amministrativa non estromette dalla questione delle trascrizioni il giudice ordinario; al quale, nelle forme indicate dall'art. 95 d.p.r. 396/2000, possono rivolgersi:

a) per opporsi al rifiuto, le parti le cui trascrizioni sono negate *ab origine* o prima effettuate dal sindaco e successivamente annullate dal prefetto (secondo quanto ritenuto legittimo da Tar Veneto e Consiglio di stato): in tale secondo caso, infatti, l'esercizio del potere di annullamento gerarchico persegue e realizza l'effetto di rifiuto della trascrizione che avrebbe dovuto essere — secondo le istruzioni del ministro — garantito originariamente dal sindaco;

b) per ottenere la cancellazione di un atto indebitamente registrato, il prefetto e/o il ministro dell'interno per il tramite del procuratore della repubblica, il quale può comunque intervenire in ogni tempo.

Resta, quindi, necessario chiedersi se sia possibile, dopo che la giurisprudenza di cassazione ha rimosso i limiti rappresentati dalla inesistenza e dalla contrarietà all'ordine pubblico, andare oltre e rimuovere anche il limite della *inidoneità assoluta* a produrre effetti quale atto di matrimonio, affermata dalla sentenza 4184/2012, ipotizzando entro quale cornice possano essere collocati e interpretati gli effetti di una trascrizione del matrimonio *same-sex* contratto all'estero.

in particolare, si tratta di valutare se si possa valorizzare la funzione della trascrizione — dichiarativa, di certificazione e di pubblicità — nei confronti di un atto che può essere considerato valido sulla base del principio *locus regit actum*, anche se ai fini della costituzione dello *status* coniugale la validità dell'atto di matrimonio non può essere apprezzata dall'ordinamento italiano come tale. Si tratterebbe anche di condividere l'idea che il principio di tipicità delle attività dell'ufficiale dello stato civile⁴⁹ non precluda di apprezzare il matrimonio estero, nel caso di coppie formate da persone dello stesso sesso,

46 La distinzione tra le due funzioni è stata ritenuta decisiva, invece, dal Tribunale amministrativo regionale Friuli, come si è visto nel par. precedente.

47 L. Morassutto, *Il Consiglio di stato e la spallata alla giurisdizione ordinaria*, in *Articolo29*, www.articolo29.it.

48 Corte d'appello di Milano, sentenza del 6 novembre 2015, n. 2286, p. 8.

49 Da ultimo chiaramente richiamato dalla Corte d'appello di Milano, citata, a p. 9.

come *atto* anche se non come *rapporto*⁵⁰, cosa che resterebbe riservata alle coppie eterosessuali. D'altra parte, la trascrizione non è mai *costitutiva* di un fatto giuridico, ma *dichiara un fatto nella sua giuridicità*; di conseguenza, le situazioni giuridiche accedono eventualmente al *fatto* e non alla sua dichiarazione (= trascrizione) e le situazioni soggettive che, secondo la legge italiana, non accedono al fatto non vengono create dalla dichiarazione: il matrimonio *same-sex* contratto all'estero continua ad essere un matrimonio produttivo di *status* nell'ordinamento che lo riconosce come tale e che ne ha consentito la celebrazione, mentre non è riconoscibile come tale nell'ordinamento interno. Tuttavia, se la trascrizione non appare idonea a creare un matrimonio *same-sex* nell'ordinamento interno, essa rende comunque riconoscibile, ai fini interni, che è stato acquisito all'estero uno *status* (si pensi, ad esempio, all'interesse che tale informazione potrebbe avere ai fini della conoscenza della piena libertà di stato della persona, che potrebbe per la legge italiana contrarre un matrimonio con persona di sesso opposto al proprio esponendosi però, nel diverso stato nel quale sono state celebrate le precedenti nozze *same-sex*, ad una situazione di bigamia).

Non solo. Se si conviene sul fatto che la trascrizione produce l'obbligo di assumere come certezza l'enunciato dell'atto⁵¹, conferendo ai soggetti interessati il vantaggio dell'esistenza di tale obbligo, è possibile cogliere un ulteriore effetto della trascrizione: per la coppia interessata, infatti, il "vantaggio" non sarebbe quello una semplice agevolazione probatoria (peraltro, già di per sé non trascurabile) dell'esistenza di una unione stabile omosessuale, ma la *sottrazione alla sfera della irrilevanza* del rapporto di coppia in questione, che acquista una sua dimensione giuridica. Il legame di coppia, pur non riconosciuto come matrimonio, esce dalla dimensione di puro fatto e diviene giuridicamente apprezzabile, manifestando una corrispondenza sostanziale a quella che la sentenza 138/2010 della Corte costituzionale ha riconosciuto essere una formazione sociale in cui si realizza "il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico" ed a cui spetta tutela ex art. 2 Cost., nel senso di tutela del diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri.

E questo ci permette, infine, di comprendere quali effetti di uno *status* coniugale acquisito all'estero siano già oggi riconoscibili ai fini interni, ed in quale modo lo siano.

Nel quadro complessivo della legittimazione pluralistica il riconoscimento delle unioni estere costituisce un "classico" problema di sostituzione o adattamento⁵², che già opera, a legislazione vigente, a prescindere dall'approvazione della legge sulle unioni civili in discussione: la relazione non riconosciuta come matrimonio va riconosciuta ai sensi dell'art. 2 Cost. e sino a che il legislatore non intervenga esplicitamente a regolarla ad essa deve essere garantita la tutela giudiziale *caso per caso*⁵³. Una forma di tutela imposta dalla giurisprudenza costituzionale in base al principio di uguaglianza, che richiede, oggi e per il futuro, di confrontare la condizione della unione stabile omosessuale con quella delle coppie coniugate per accertare se e quando debba essere garantito uguale trattamento e che comunque imporrà, nel momento in cui il legislatore dovesse regolamentare espressamente in modo differenziato, di valutare se e quando le differenze di trattamento possano ritenersi giustificate). Una forma e modalità di tutela debole, la cui insufficienza è stata recentemente riconosciuta nella sentenza Oliari dalla Corte Edu alla luce dell'art. 8 Cedu; semmai, la trascrizione del matrimonio può rispondere ad un altro problema preso in considerazione dalla sentenza Oliari, vale a dire quello della necessità di garantire alle coppie dello stesso sesso un riconoscimento che valorizzi il loro legame a prescindere dal requisito della coabitazione⁵⁴.

Per dare concretezza al vantaggio connesso alla trascrizione (ossia il vantaggio che è attribuito ai soggetti interessati dall'esistenza di un obbligo di assumere come certezza l'enunciato dell'atto trascritto, che costituisce la funzione tipica della trascrizione) possiamo immaginare qualcosa di analogo ad una "inversione dell'onere della prova". Se l'unione stabile "semplice" è attualmente, per l'ordinamento italiano, una condizione di mero fatto, che non ha altra strada che far valere di volta in volta davanti ad

50 Semmai, come vedremo poco oltre, l'atto, pur non potendo dare fondamento ad un *rapporto coniugale* fonda un *rapporto qualificabile come unione stabile omosessuale* tutelata ai sensi dell'art. 2 cost.

51 M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1988, p. 970.

52 M.R. Marella, G. Marini, *Di cosa parliamo cit*, p. 88.

53 B. Pezzini, *La sentenza 138/2010 parla (anche ai giudici)*, in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138/2010: quali prospettive?*, B. Pezzini e A. Lorenzetti (a cura di), Napoli, Jovene, 2011, p. 95

54 Par. 169: "the Court has already accepted that the existence of a stable union is independent of cohabitation (see Vallianatos, §§ 49 and 73). Indeed, in the globalised world of today various couples, married or in a registered partnership, experience periods during which they conduct their relationship at long distance, needing to maintain residence in different countries, for professional or other reasons. The Court considers that that fact in itself has no bearing on the existence of a stable committed relationship and the need for it to be protected".

un giudice una pretesa, da argomentare specificamente, a trattamento uguale a quello di coppia coniugata, l'unione stabile "qualificata" da un matrimonio estero trascritto potrebbe vedersi riconoscere la pretesa ad essere generalmente trattata come un matrimonio, salvo i casi in cui possa essere dimostrata l'esistenza di una specifica necessità di differenziazione.

Certo, alla fine del ragionamento, non si riesce a sfuggire all'impressione che la montagna della stessa *Litigation Strategy* che si è concentrata sulle trascrizioni potrebbe, al più, partorire un topolino ...

3. In attesa della prossima puntata (considerazioni di breve periodo con riguardo alla sentenza costituzionale 138/2010 come perimetrazione della discrezionalità⁵⁵).

Nei confronti del potere giudiziario, d'altro canto, la giurisprudenza costituzionale ha stabilito un confine preciso, che non può essere superato in via interpretativa rileggendo le norme vigenti nel senso di liberare il matrimonio dal vincolo del paradigma eterosessuale. Questo significa che è necessaria la rimessione alla Corte costituzionale di una questione che implica un diretto riconoscimento dell'insussistenza di tale vincolo, per riconoscere che un matrimonio, in quanto celebrato in un ordinamento per il quale l'eterosessualità non è un requisito necessario, sia costitutivo dello *status* coniugale tra due persone dello stesso sesso. Alla Corte costituzionale, cioè, si dovrebbe chiedere un esplicito *revirement* non facilmente prevedibile allo stato, anche se obiettivamente non mancherebbero argomenti per sostenerne la necessità, per le particolari e protratte inerzia e incapacità del legislatore nazionale in un contesto in cui, invece, il quadro internazionale continua ad evolvere nella direzione del superamento del modello tradizionale della famiglia e del matrimonio.

Mentre ciò che il giudice può e deve fare è riconoscere direttamente gli effetti di equiparazione ragionevole (e di irragionevole differenziazione) delle situazioni di matrimonio eterosessuale e unione stabile tra persone dello stesso sesso. Non solo. Non può sottrarsi al dovere di rispondere e colmare il vuoto dell'omissione incostituzionale, come del resto è avvenuto nella complessa e discussa vicenda del divorzio imposto al transessuale: di fronte alla perdurante inerzia del legislatore, che ignorava anche il preciso dovere conseguente alla dichiarazione di incostituzionalità della sentenza 170/2014, è stata la Corte di cassazione, investita della questione in quanto giudice del rinvio, a pronunciare una sentenza che ha riconosciuto che la tutela della situazione della coppia divenuta dello stesso sesso imponeva di riconoscere la sopravvivenza del vincolo matrimoniale sino a che non si fosse verificata la possibilità di transitare in una condizione di unione civile registrata definita dalla legge, sottoponendo espressamente la conservazione dello *status* matrimoniale alla *condizione temporale risolutiva* costituita dalla nuova regolamentazione legislativa (sentenza 8097/2015⁵⁶).

Potrebbe ammettersi una analogia tra le due situazioni? A me pare che la Corte costituzionale abbia valorizzato massimamente nella sentenza 170/2014 la provenienza della coppia da una situazione di matrimonio a suo tempo — prima della rettificazione del sesso di uno dei coniugi — regolarmente contratto entro i confini del paradigma eterosessuale⁵⁷, e che tale situazione renda difficile l'assimilazione di altra e diversa situazione, in cui è proprio l'esistenza del paradigma eterosessuale ad impedire il rilievo *pieno e diretto* del matrimonio celebrato all'estero fra cittadini italiani dello stesso sesso. Ciò anche se non sfuggono gli aspetti di sostanziale assimilabilità: l'assenza di una disciplina legale delle unioni registrate rende impossibile transitare dalla massima protezione giuridica (in origine garantita alla coppia dal matrimonio) ad una protezione minore ma pur sempre — secondo la visione sostenuta dalla giurisprudenza costituzionale a partire dalla sentenza 138/2010 — adeguata alla condizione di coppia (divenuta) dello stesso sesso e determina la *degradazione* ad una situazione di mero fatto, in cui la coppia può solo aspirare alla defatigante tutela giudiziale caso per caso che la Corte costituzionale ha riconosciuto illegittima; l'assenza di una disciplina legale delle unioni registrate in Italia parimenti *degrada* la condizione

55 B. Pezzini, *Il matrimonio same-sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, p. 799.

56 Su cui vedi, da ultimo, il *focus* dal titolo *Quando scricchiola un paradigma. La Cassazione decide il caso Bernaroli*, nel numero 1/2015 di questa Rivista.

57 Che poi la frammentazione e moltiplicazione degli *status* familiari e di coppia sia desiderabile e quanto possa considerarsi conforme ad una idea forte dell'uguaglianza è materia di riflessione: G. Brunelli, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. "divorzio imposto"*, B. Pezzini, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2014.

della coppia dall'attribuzione dello *status* coniugale (all'estero) alla condizione di mero fatto. Ciò che diversamente caratterizza le due situazioni è che solo nel primo caso vi è un matrimonio pienamente idoneo a produrre gli effetti tipici per l'ordinamento italiano.

La situazione relativa alla trascrizione del matrimonio *same-sex* contratto all'estero resta in stallo: è difficile contestare che il ruolo e l'intervento del legislatore restino indispensabili per la saldezza e la completezza della tutela; ed altrettanto è difficile contestare che l'orizzonte — non solo temporale — dell'intervento legislativo resti incerto, tanto da indurre a chiedersi se la prossima puntata dovrà essere scritta dalla Corte di Strasburgo⁵⁸ che, come già ha fatto con la sentenza Oliari, non potrà che constatare la violazione del diritto fondamentale alla tutela della vita familiare.

58 Diversi casi pendenti già dal 2012: C – 26431, 26742, 44057, 60088 del 2012.

G. Palmeri*, M.C. Venuti**

La trascrivibilità del matrimonio tra identità personale e circolazione dello *status* coniugale

Sommario

1. La questione – 2. L'evoluzione del sistema – 3. Per un superamento dell'impasse – 4. *Segue* – 5. La "portabilità" dello *status* coniugale – 6. *Segue* – 7. Identità e *status* personale

Abstract

Lo scritto affronta il tema della (in)trascrivibilità degli atti di matrimonio *same-sex* celebrati all'estero alla luce della più recente giurisprudenza interna e sovranazionale. Esaminati criticamente gli argomenti a sostegno della soluzione negativa e, in particolare, quello della contrarietà all'ordine pubblico vista la indefettibile struttura eterosessuale del matrimonio in Italia, le Autrici giungono alla conclusione che sia applicabile analogicamente la disciplina dei diritti e doveri nascenti dal matrimonio. Alla base della proposta interpretativa sta la primazia dei diritti fondamentali in un sistema di fonti multilivello.

The paper deals with the (non-)registrability of same-sex marriage acts, officiated abroad, in light of the most recent national and supranational jurisprudence. Through a critical evaluation of arguments supporting the negative solution, specially the one of the contrariety to public policy with regard to the necessary heterosexual structure of the marriage in the Italian legal system, the authors argue that the regulation about the right and duties deriving from the marriage is mutatis mutandis applicable. The interpretative proposal is based on the primacy of the fundamental rights in a multilevel legal system.

1. La questione

È ormai frequente la richiesta di trascrizione del matrimonio omosessuale celebrato all'estero da cittadini italiani e, altrettanto frequente, a seguito del rifiuto opposto dall'ufficiale dello stato civile, il ricorso al giudice per ottenere la revoca del provvedimento di diniego e conseguentemente l'ordine di trascrivere¹. Esito finora negato con l'isolata eccezione — a quanto consta — della nota ordinanza del tribunale

* Ordinaria di Diritto privato, Università di Palermo.

** Ordinaria di Diritto privato, Università di Palermo.

Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

1 Tribunale di Milano, decreto del 17 luglio 2014, in *Articolo29*, www.articolo29.it; Tribunale di Milano, decreto del 2 luglio 2014, in *Il caso.it* www.ilcaso.it; Tribunale di Treviso, decreto del 19 maggio 2010, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2011, p. 1236 ss., con nota di M. Winkler; Tribunale di Latina, decreto del 10 giugno 2005, in *Famiglia e diritto*, 4/2005, p. 411 ss., con note di P. Schlesinger e di M. Bonini Baraldi; in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2006, I, p. 86 ss., con nota di F. Bilotta; decisione confermata da Corte d'appello di Roma, decreto del 13 luglio 2006, in *Famiglia e diritto*, 2/2007, p. 166 ss., con nota di M. Sesta; e poi in sede di legittimità da Corte di cassazione, sentenza del 15 marzo 2012, n. 4184, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, I, p. 588 ss. con nota di D. Ferrari, D. Fiorato e con commenti di M. Meli, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso: l'incidenza sul sistema interno delle fonti sovranazionali* e E. Bergamini, *Riconoscimento ed effetti in Italia di un matrimonio tra*

di Grosseto dell'aprile 2014, successivamente annullata dalla corte d'appello di Firenze², e confermata dallo stesso tribunale nel febbraio 2015³.

La magistratura è anche intervenuta, a seguito di ricorso del Procuratore della Repubblica, cassando la trascrizione eseguita nei registri dello stato civile di alcuni comuni⁴.

Le soluzioni negative si fondano sul monolitico argomento della necessaria natura eterosessuale del matrimonio nell'ordinamento italiano; argomento che viene declinato sul versante della contrarietà all'ordine pubblico dell'atto straniero di matrimonio *same-sex*, che ne impedisce la trascrizione nei registri dello stato civile (art. 18, d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396), e sul versante della sua inesistenza/invalidità poiché il cittadino italiano che contrae matrimonio all'estero è in primo luogo soggetto alle disposizioni nazionali (art. 115 c.c.).

In altre parole, il matrimonio celebrato all'estero tra persone dello stesso sesso, di cui almeno una sia cittadina italiana, è inesistente/invalido in quanto manca del requisito della eterosessualità dei nubendi⁵. Difetto, questo, talmente grave da non consentire alla fattispecie di rintracciare nel sistema una figura significativamente corrispondente, anche se non pienamente coincidente, con conseguente insuperabilità del vaglio dell'ordine pubblico posto all'art. 18 delle norme in materia di ordinamento dello stato civile⁶.

persone dello stesso sesso contratto all'estero: la recente evoluzione della giurisprudenza italiana, nella parte II, rispettivamente a p. 451 ss., e p. 461 ss.

- 2 Tribunale di Grosseto, ordinanza del 9 aprile 2014, in *Famiglia e diritto*, 7/2014, p. 672 s., con nota di M. Segni, riformata da Corte d'appello di Firenze, decreto del 23 settembre 2014, in *Articolo29*, www.articolo29.it. La Corte d'appello non ha affrontato alcuno degli aspetti di natura sostanziale, essendosi limitata, com'è noto, a dichiarare la nullità del decreto a causa della notifica dell'atto introduttivo al Comune anziché al Sindaco, quale ufficiale del Governo, e della sua mancata costituzione in giudizio. Ai sensi dell'art. 354 c.p.c., è stata, pertanto, disposta la rimessione della causa al primo giudice, il quale ha confermato la propria originaria statuizione.

Per il diverso profilo del rifiuto opposto alla richiesta di una coppia omosessuale di effettuare le pubblicazioni matrimoniali cfr., in giurisprudenza, Tribunale di Roma, decreto del 28 giugno 1980, in *Giurisprudenza italiana*, 1980, I, 2, c. 170 ss., con nota di Galletto; Corte d'appello di Firenze, del 27 giugno 2008, in *Responsabilità civile e previdenza*, 11/2008, p. 2344 ss., con nota di G. Ferrando; in massima anche pubblicata in *Giurisprudenza di merito*, 2009, p. 1225 s., con nota di Manassero; e con data 30 giugno 2008, in *Foro italiano*, 2008, I, c. 3695 ss., con note di R. Romboli e di F. Dal Canto; Tribunale di Venezia, ordinanza del 3 aprile 2009; Corte d'appello di Trento, ordinanza del 29 luglio 2009; Tribunale di Varese, decreto del 23 luglio 2010, in *Giurisprudenza di merito*, 2011, p. 1012; Corte costituzionale, sentenza del 15 aprile 2010, n. 138; Corte costituzionale, ordinanza del 22 luglio 2010, n. 276; Corte costituzionale, ordinanza del 5 gennaio 2011, n. 4. Da ultimo il divieto di procedere alle pubblicazioni matrimoniali per l'unione omosessuale è stato ritenuto conforme alla Costituzione da Cassazione, sentenza del 9 febbraio 2015, n. 2400, in *Corriere giuridico*, 7/2015, p. 909 ss., con nota di G. Ferrando.

- 3 Tribunale di Grosseto, decreto del 26 febbraio 2015, in *Articolo29*, www.articolo29.it.

- 4 Tribunale di Pesaro, decreto del 21 ottobre 2014, in *Articolo29*, www.articolo29.it.

Com'è noto, peraltro, in seguito alla circolare del Ministero dell'Interno del 7 ottobre 2014 in cui si è affermato che i prefetti, tenuti a vigilare sugli uffici dello stato civile, hanno potere di annullamento delle trascrizioni dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero in caso di inerzia del Sindaco rispetto al «formale invito al ritiro di tali disposizioni ed alla cancellazione», alcuni Tribunali amministrativi regionali hanno dichiarato l'incompetenza dei prefetti e di conseguenza annullato i provvedimenti da loro emessi. In particolare è stato osservato che riguardo alla trascrizione di un matrimonio contratto all'estero tra persone dello stesso sesso il Prefetto «non risulta avere alcuna potestà di intervento o rettifica, considerato che la normativa (...) affida soltanto all'autorità giudiziaria ordinaria il potere di rettificare o annullare gli atti indebitamente trascritti»: Tribunale amministrativo regionale della Lombardia, sez. III, sentenza del 29 settembre 2015, n. 2037, in www.giustizia-amministrativa.it. Nello stesso senso Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sez. I-ter, sentenza del 12 febbraio-9 marzo 2015, n. 3907, in *Articolo29*, www.articolo29.it, con nota di G. Zago; Tribunale amministrativo regionale Friuli Venezia Giulia, sez. I, 21 maggio 2015, in *Articolo29*, www.articolo29.it, con nota critica di L. Morassutto. Cfr. altresì Tribunale amministrativo regionale della Toscana, sez. I, sentenza del 25 settembre 2015, n. 1291, in www.giustizia-amministrativa.it, che pur ribadendo l'assenza di una norma che facoltizzi il Prefetto ad intervenire in sede di verifica sul contenuto degli atti dello stato civile, ha dichiarato il ricorso inammissibile per difetto di giurisdizione reputando la questione di competenza del giudice ordinario.

- 5 Va segnalato sin d'ora (con riserva di ritornare successivamente sul punto) che la S.C. nella sentenza 15 marzo 2012, n. 4184, in *Foro italiano*, 2012, I, p. 2727 ss., con nota di R. Romboli, alla luce della giurisprudenza CEDU ha ritenuto non più conducente la qualificazione in termini di inesistenza del matrimonio omosessuale e superata anche la contrarietà dello stesso all'ordine pubblico. Tuttavia ne ha affermato l'inefficacia, ossia la «inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio (...), qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano» (punto 4.3 della motivazione), bloccando così — se non la sua astratta rilevanza — l'operatività della fattispecie nel sistema municipale.
- 6 È stato sottolineato come non possa applicarsi alla fattispecie l'art. 65, l. 31 maggio 1995, n. 218, che pone quale limite al riconoscimento di *provvedimenti* stranieri la loro conformità all'ordine pubblico, e ciò sulla base della prevalente lettura della norma che sarebbe da riferire esclusivamente «ai provvedimenti giurisdizionali stranieri costitutivi o modificativi di stati

Anche nelle letture più progressiste, che superano lo scoglio della indefettibilità dell'eterosessualità del matrimonio attraverso una visione costituzionalmente e convenzionalmente orientata del nostro sistema giuridico e che di conseguenza pervengono alla qualificazione in termini di *inefficacia* del matrimonio celebrato all'estero, l'ostacolo alla trascrivibilità viene rinvenuto nell'assenza di una disciplina interna in materia di unioni omosessuali⁷. Lacuna normativa ritenuta colmabile esclusivamente mediante l'intervento del legislatore, escludendosi che tale risultato possa conseguirsi in via interpretativa in ossequio al principio della divisione dei poteri⁸.

Vale la pena di sottolineare che una simile valutazione non viene in considerazione quando a chiedere la trascrizione siano due cittadini stranieri residenti in Italia, applicandosi in questo caso la legge di un altro ordinamento (art. 19, d.P.R. n. 396/2000; artt. 27 e 28, l. n. 218/1995)⁹.

2. L'evoluzione del sistema

A ben vedere, si assiste ad una evoluzione nell'approccio con cui si guarda alla fattispecie del matrimonio omosessuale nel nostro sistema. Ad una iniziale chiusura imperniata sulla imprescindibilità della eterosessualità dei coniugi (giustificata in primo luogo dalla funzione procreativa assegnata all'istituto)¹⁰ che si traduce(va) sul piano delle categorie giuridiche nella nullità se non addirittura nell'*inesistenza* del matrimonio, quindi vietato, si è giunti a considerare tale atto astrattamente ammissibile — e dunque non più contrario all'ordine pubblico — perché, in una interpretazione "convenzionalmente conforme" è caduto il «postulato implicito, il requisito minimo indispensabile a fondamento dell'istituto matrimoniale, costituito dalla diversità di sesso dei nubendi»¹¹. Ammissibilità tuttavia in concreto non realizzabile in mancanza di una scelta in tal senso del legislatore, libero di individuare intensità e modalità di tutela delle unioni omosessuali, alle quali comunque «spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia»¹².

Va precisato che una sollecitazione alla emanazione di una normativa specifica sulle unioni civili, volta a declinare tale diritto nelle sue diverse articolazioni, è stata indirizzata al Parlamento dalla Corte costituzionale nel 2014¹³. E di recente la Corte EDU ha chiaramente affermato l'obbligo dell'Italia di

personali o familiari»: G. Biagioni, *La trascrizione dei matrimoni same-sex conclusi all'estero nel recente provvedimento del tribunale di Grosseto*, in questa Rivista, 2014, II, p. 195 ss., spec. p. 204. Nello stesso senso, in precedenza, M.M. Winkler, *Ancora sul rifiuto di trascrizione in Italia di same-sex marriage straniero: l'ennesima occasione mancata*, nota a Tribunale di Treviso, 19 maggio 2010, cit., in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2011, p. 1239 ss., in part., p. 1244 ss.

- 7 In dottrina v., per tutti, P. Rescigno, *Il matrimonio same sex al giudizio di tre Corti*, in *Corriere giuridico*, 7/2012, p. 861 ss.. In giurisprudenza cfr. Corte di cassazione, sentenza del 15 marzo 2012, n. 4184, cit..
- 8 Il Tribunale amministrativo regionale del Friuli Venezia Giulia, sez. I, sentenza del 21 maggio 2015, cit., rimanendo al contrario legato ad una lettura tradizionale e restrittiva della disciplina del matrimonio e della trascrizione degli atti dello stato civile, sottolinea come «nel quadro costituzionale della divisione dei poteri, spetta unicamente al Parlamento sovrano decidere con legge il riconoscimento nel nostro ordinamento dei matrimoni tra persone dello stesso sesso nonché il livello di tale riconoscimento. Non spetta invece né al sindaco, né all'autorità giudiziaria ordinaria o amministrativa e — allo stato — nemmeno alla Corte costituzionale, alla Corte di giustizia europea o alla Corte europea dei diritti dell'uomo, procedere in via surrettizia o suppletiva a tale riconoscimento, perché ciò costituirebbe un *evidente vulnus al sistema democratico nel suo insieme*»: punti 16.0 e 16.1 della motivazione.
- 9 Da ultimo Corte d'appello di Napoli, decisione del 13 marzo 2015, in *Articolo29*, www.articolo29.it. In dottrina sul punto cfr., ad esempio, R. Clerici, *Il matrimonio dei cittadini all'estero e degli stranieri in Italia*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, *Famiglia e matrimonio*, T. Auletta (a cura di), I, Torino, 2010, p. 377 ss., in part. p. 384 ss.; M. Gattuso, "Matrimonio", "famiglia" e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la "doppia svolta" della Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Articolo29*, www.articolo29.it, § 8.
- 10 G. Palmeri, M.C. Venuti, *L'inedita categoria delle unioni affettive con vissuto giuridico matrimoniale. Riflessioni critiche a margine della sentenza della Corte costituzionale 11 giugno 2014, n. 170 in materia di divorzio del transessuale*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, II, p. 553 ss., in part. p. 556 s.
- 11 Corte di cassazione, sentenza del 15 marzo 2012, n. 4184, cit., punto 4.1 della motivazione.
- 12 Corte costituzionale, sentenza del 15 aprile 2010, n. 138, cit., punto 8 della motivazione.
- 13 Corte costituzionale, sentenza del 11 giugno 2014, n. 170, punto 5.6 della motivazione.

provvedere a disciplinare la materia, in quanto l'omissione risulta in violazione dell'art. 8 della Convenzione sul diritto al rispetto della vita privata e familiare¹⁴.

Dunque il matrimonio tra persone dello stesso sesso è ammissibile, tuttavia non (ancora e chissà se mai) ammesso. In ogni caso esso non è più vietato dall'ordinamento giuridico¹⁵.

Sicché la chiusura del nostro sistema rispetto alla trascrizione dei matrimoni celebrati all'estero è espressione della volontà di perpetuare *praeter legem* un divieto che non trova più fondamento nell'attuale ordine costituzionale "integrato"¹⁶ e, allo stesso tempo, di impedire che abbia ingresso una fattispecie non (ancora?) accolta dal legislatore interno. In sostanza si intende evitare che tale supposto divieto venga aggirato mediante la celebrazione del matrimonio all'estero. Se ne afferma l'inidoneità a «produrre, qual[e] att[o] di matrimonio (...), qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano» e di conseguenza viene postulata la sua intrascrivibilità¹⁷. Si finisce così per sanzionare la condotta elusiva negando il riconoscimento dell'efficacia ad un atto validamente assunto nell'ordinamento straniero.

Tuttavia il meccanismo della trascrizione di atti stranieri e i limiti che esso pone con la clausola della non contrarietà all'ordine pubblico non operano sull'atto sottoposto a vaglio, la cui esistenza e validità sono state già positivamente considerate dall'ordinamento di provenienza. Riguardano, al contrario, gli effetti che è destinato a dispiegare nell'ordinamento interno. Ciò significa, quindi, che oggetto di scrutinio in ambito municipale è la compatibilità di questi effetti con i valori fondanti del sistema, espressione dei principi radicati nel tessuto giuridico e sociale attuale¹⁸. Compatibilità che, come si è detto, la Corte di cassazione ha nitidamente ammesso quando ha escluso la contrarietà del matrimonio omosessuale all'ordine pubblico.

3. Per un superamento dell'impasse

La non trascrivibilità, allora, non dipende dalla contrarietà all'ordine pubblico pur esplicitamente affermata nelle numerose pronunce che hanno affrontato la questione, bensì dall'asserita assenza nell'ordinamento interno di un istituto cui ancorare le ricadute giuridiche dell'atto straniero. Pacificamente si esclude l'applicabilità della normativa sul matrimonio perché concepita e strutturata sulla diversità di sesso dei coniugi; d'altra parte la mancanza di una legge sulle unioni civili impedisce di rinvenire una diversa figura idonea a costituire il modello di riferimento per disciplinare il rapporto formatosi all'estero¹⁹.

Tali argomenti si prestano a considerazioni critiche. La loro fragilità risiede fondamentalmente nella frizione con i principi costituzionali di tutela della persona.

Se si accoglie la premessa che i diritti personalissimi, fra i quali certamente vi sono quello al matrimonio e a costituire una famiglia (art. 9 della Carta di Nizza e art. 12 Convenzione Edu), vanno riconosciuti e garantiti nel loro esercizio con la massima estensione possibile, la circostanza che non esista

14 Corte Edu, IV sez., 21 luglio 2015, ric. nn. 18766/11, 36030/11, *Oliari et al. c. Italia*, in questa Rivista pag.

15 Ritiene che nel nostro sistema non esistano norme che in senso implicito o esplicito configurino un divieto di matrimonio *same-sex* Tribunale di Grosseto, decreto del 26 febbraio 2015, cit.

16 Corte costituzionale, ordinanza del 7 giugno 2012, n. 150

17 Corte di cassazione, sentenza del 15 marzo 2012, n. 4184, cit., punto 4.3 della motivazione. La S.C. ha successivamente ribadito che «nel nostro sistema giuridico di diritto positivo il matrimonio tra persone dello stesso sesso è inidoneo a produrre effetti perché non previsto tra le ipotesi legislative di unione coniugale»: Corte di cassazione, sentenza del 9 febbraio 2015, n. 2400, cit.

In dottrina stigmatizza questa soluzione dell'inefficacia come «espediente linguistico/dommatico (...) tanto astuto quanto fragile» C. Camardi, *Diritti fondamentali e status della persona*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2015, p. 7 ss.

18 V. G. Palmeri, *Riflessioni a margine della pronuncia della corte di appello di Torino 4 dicembre 2014 in tema di trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero in seguito a pma*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, II, p. 141 ss., p. 256; M.C. Venuti, *Coppie sterili o infertili e coppie «same-sex». La genitorialità negata come problema giuridico*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2015, p. 259 ss., spec. p. 273 ss.

19 Segnala la criticità del passaggio dalla «fase meramente declamatoria» dei diritti fondamentali a quella qualificatoria e di rinvenimento dei dispositivi tecnici su cui ancorare l'approdo della fattispecie straniera nell'ordinamento interno C. Camardi, *Diritti fondamentali e status della persona*, cit., p. 15 ss.

una norma “di appoggio” non costituisce un “controlimite” all’esercizio del diritto di volta in volta considerato²⁰.

Non potendo, in ragione dei limiti di questo contributo, diffondersi sul tema dei diritti fondamentali, va comunque ricordato che pacificamente la loro rilevanza è primaria e centrale nel nostro assetto ordinamentale. Tuttavia non sempre al loro riconoscimento in astratto si accompagnano meccanismi idonei a garantirne l’attuazione e il pieno godimento. È il caso del declamato «diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia» affermato dalla Corte costituzionale a favore di chi è parte di una unione omosessuale, cui non ha fatto seguito l’auspicato intervento legislativo diretto ad apprestare gli strumenti giuridici necessari al suo concreto esercizio.

E d’altra parte non può ritenersi una soluzione adeguata l’indicazione prospettata dalla stessa Consulta di dover agire in giudizio di fronte a «specifiche situazioni» reclamando un trattamento omogeneo a quello riservato alle coppie coniugate²¹, giacché una simile ipotesi pone un gravoso onere di accesso alla giustizia per rivendicare una condizione astrattamente riconosciuta e di fatto negata, senza certezza in ordine al risultato. Questo farraginoso meccanismo oltretutto consentirebbe di dare visibilità solo a una singola frazione del rapporto — quella oggetto del giudizio — restando esso nella sua interezza ai margini della giuridicità.

La sostanziale irrilevanza della condizione di coppia determina, altresì, la lesione di un ulteriore diritto fondamentale, quello all’identità della persona, irrimediabilmente compromesso dalla negazione del riconoscimento dello *status* familiare (sul punto si tornerà *infra*, al § 7).

L’affermazione della centralità dell’individuo e della complessa articolazione della sua identità, così come si viene a costruire anche nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità — considerata da una parte della dottrina come «fattore di destrutturazione del modello familiare tradizionale»²² — fa recedere il limite dell’ordine pubblico come parametro di valutazione dell’ammissibilità degli effetti di atti formati all’estero. L’unico limite deve essere rappresentato, nel sistema attuale, dalla presenza di altri diritti di pari rango in posizione di conflitto²³.

Nel caso in esame, tuttavia, non viene in rilievo l’esigenza di un bilanciamento tra diritti contrapposti o l’esigenza di salvaguardare interessi superiori: l’esercizio del diritto a vivere la condizione di coppia viene ostacolato da un elemento di fatto costituito dal vuoto normativo. Al riguardo sembra opportuno rilevare che malgrado l’art. 9 della Carta di Nizza e l’art. 12 della Convenzione EDU riservino alla discrezionalità del legislatore interno la regolazione della materia familiare, essi in primo luogo affermano il diritto di ciascuna persona di sposarsi e di costituire una famiglia e ne impongono la garanzia. Peraltro, come la stessa Corte EDU ha sottolineato, laddove vengano in rilievo diritti fondamentali, il margine di apprezzamento dei singoli Stati si fa ristretto, in quanto il loro effettivo godimento dipende da una disciplina puntuale²⁴.

4. Segue

Da un esame del complessivo sistema scevro da pregiudizi, la ricerca di riferimenti normativi cui “appoggiare” gli effetti del matrimonio celebrato all’estero dà esito positivo.

20 La stessa A. nello scritto citato (p. 31 ss.) sottolinea come non sia un limite al riconoscimento di una fattispecie straniera l’assenza di analoga fattispecie nell’ordinamento di destinazione e come, in ogni caso, la sua sussistenza non determinerebbe in maniera automatica il superamento del vaglio di conformità all’ordine pubblico.

21 Corte costituzionale, sentenza del 15 aprile 2010, n. 138, cit., punto 8 della motivazione. In senso conforme v. di recente Corte di cassazione, sentenza del 9 febbraio 2015, n. 2400, cit., p. 911, secondo cui «il nucleo affettivo relazionale che caratterizza l’unione omoaffettiva, invece, riceve un diretto riconoscimento costituzionale dall’art. 2 Cost., e mediante il processo di adeguamento e di equiparazione imposto dal rilievo costituzionale dei diritti in discussione può acquisire un grado di protezione e tutela equiparabile a quello matrimoniale in tutte le situazioni nelle quali la mancanza di una disciplina legislativa determina una lesione di diritti fondamentali scaturenti dalla relazione in questione».

22 Così C. Camardi, *Diritti fondamentali e status della persona*, cit., la quale sostiene che «il cammino dei diritti fondamentali concernenti l’identità della persona ha inserito nel nostro ordinamento un meccanismo giuridico di potenziale frantumazione del modello costituzionale di famiglia, senza tuttavia rimpiazzarlo con un altro» (p. 11).

23 Corte Edu, V Sezione, 26 giugno 2014, ric. n. 65192/11, *Mennesson c. France*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, I, 1132 ss..

24 Corte EDU, Grande Camera, 7.11.2013, ric. nn. 29381/09, 32684/09, *Vallianatos and Others v. Greece*, reperibile in *Articolo29*, www.articolo29.it ed in <http://hudoc.echr.coe.int>, punto 85.

Non è, infatti, ammissibile giustificare a partire dalla struttura eterosessuale del matrimonio la non estensibilità della regolamentazione del rapporto coniugale alla coppia omosessuale.

Va considerato preliminarmente che la diversità di sesso dei coniugi non è principio che connota la disciplina costituzionale del matrimonio. L'art. 29 della Carta fondamentale individua quale unico elemento indefettibile del matrimonio l'uguaglianza tra i coniugi. Il costituente ha sentito l'esigenza di declinare il principio generale di cui all'art. 3 in ambito familiare con specifico riferimento alla relazione coniugale e alla posizione dei figli, nati fuori e dentro il matrimonio. E ciò tenuto conto della difforme normativa codicistica dell'epoca informata al superato principio istituzionale della famiglia²⁵.

La disciplina attuale dei diritti e doveri che nascono dal matrimonio benché chiaramente riferita a marito e moglie non trova nella diversità di sesso dei coniugi il suo *proprium*, ma nell'esigenza di attuare il canone costituzionale dell'uguaglianza nei diversi profili della relazione guardata anche in senso diacronico. Da questo punto di vista non v'è impedimento ad applicare analogicamente tali previsioni al rapporto tra coniugi omosessuali a seguito della trascrizione.

Va al riguardo osservato che l'operatività di tale disciplina, specie nel momento in cui non esiste una normativa *ad hoc* sulle unioni civili, non può essere paralizzata in ragione dell'orientamento sessuale dei *partner*. Essa, infatti, come sopra ricordato, è informata al principio costituzionale di uguaglianza tra i coniugi, che si pone come unico elemento irrinunciabile della regolamentazione dei loro rapporti. E poiché detto precetto non è imprescindibilmente legato alla diversità di genere, si può postulare l'estensibilità di quella normativa alle unioni omosessuali. Unica soluzione, questa, rispettosa del diritto dei singoli e del principio di non discriminazione.

D'altra parte la compatibilità delle regole codicistiche sul matrimonio con le relazioni familiari instaurate da coppie *same-sex* è testimoniata in esiti ermeneutici provenienti dalle corti istituzionalmente deputate alla interpretazione delle norme con riguardo alla loro legittimità costituzionale o alla nomofilachia dell'ordinamento. La Consulta e la Corte di cassazione hanno, infatti, ritenuto coerente con il sistema il permanere del vincolo coniugale — con conseguente applicazione della disciplina matrimoniale — tra due persone divenute dello stesso sesso in conseguenza del mutamento di genere di una di loro²⁶. Approdo esegetico al quale la Corte costituzionale non sarebbe giunta laddove avesse rinvenuto una insuperabile frizione tra matrimonio e omosessualità. Anche la pronuncia della S.C., che ha autorizzato la rettificazione di sesso nei registri dello stato civile in assenza dell'intervento chirurgico previsto dalla legge 14 aprile 1982, n. 164 come necessario e reputato ora non indispensabile se si ha comunque certezza della nuova identità di genere²⁷, conduce ad affermare la potenziale operatività della disciplina del matrimonio nei confronti di un soggetto che anagraficamente, ma non nei caratteri sessuali primari, è di sesso opposto all'altro nubendo.

In sede applicativa una soluzione conforme a quella prospettata è stata assunta dal tribunale di Grosseto nelle due richiamate pronunce di accoglimento della richiesta di trascrizione del matrimonio *same-sex* celebrato all'estero. In particolare i giudici, nel riesaminare la questione, hanno considerato discriminatorio negare il riconoscimento dello *status* coniugale legittimamente acquisito in uno Stato straniero in ragione del riferimento nella normativa codicistica alle figure di marito e moglie²⁸. L'applicabilità della disciplina sul matrimonio viene ammessa dopo una puntuale ricognizione del quadro normativo interno e sovranazionale dalla quale emerge la priorità dei diritti fondamentali della persona e la recessività del paradigma eterosessuale del matrimonio.

25 In altro scritto (G. Palmeri, M.C. Venuti, *L'inedita categoria delle unioni affettive con vissuto giuridico matrimoniale. Riflessioni critiche a margine della sentenza della Corte costituzionale 11 giugno 2014, n. 170 in materia di divorzio del transessuale*, cit., p. 556 ss.) si è avuto modo di puntualizzare come la qualifica di "società naturale" che l'art. 29 Cost. attribuisce alla famiglia (fondata sul matrimonio) non implichi che il matrimonio sia necessariamente diretto alla filiazione come fenomeno che *naturalmente* richiede la presenza di uomo e donna per procreare.

26 Corte costituzionale, sentenza del 11 giugno 2014, n. 170, cit.; Cassazione, sentenza del 21 aprile 2015, n. 8097, in *Corriere giuridico*, 8-9/2015, p. 1048, con nota di S. Patti.

27 Cassazione, sentenza del 20 luglio 2015, n. 15138, in *Dejure*. La Corte ha affermato che «l'interesse pubblico alla definizione certa dei generi, anche considerando le implicazioni che ne possono conseguire in ordine alle relazioni familiari e filiali, non richiede il sacrificio del diritto alla conservazione della propria integrità psico fisica sotto lo specifico profilo dell'obbligo dell'intervento chirurgico inteso come segmento non eludibile dell'avvicinamento del soma alla psiche».

Va segnalato che il Tribunale di Trento con ordinanza del 9 agosto 2014 (in *Articolo29*, www.articolo29.it) ha sollevato incidente di costituzionalità dell'art. 1, 1° comma, l. n. 164 del 1982 con riferimento agli artt. 2, 3 32 e 117 Cost., nella parte in cui subordina la rettificazione di attribuzione di sesso alla intervenuta modificazione chirurgica dei caratteri sessuali (primari). La Consulta con sentenza del 5 novembre 2015, in *Articolo29*, www.articolo29.it, ha quindi messo fine alla vicenda stabilendo che la legge non impone la detta modificazione chirurgica.

28 Tribunale di Grosseto, decreto del 26 febbraio 2015, cit.

5. La “portabilità” dello *status* coniugale

Anche non volendo accogliere le argomentazioni svolte, va considerato come le pronunce che hanno escluso la trascrivibilità del matrimonio finiscano per incidere sullo *status* della persona impedendo che la qualità di coniuge e la conseguente relazione, fondate sul diritto straniero, possano essere vantate anche nell’ordinamento interno.

Senza voler intervenire nell’articolato dibattito sul concetto di *status* e sulla sua attuale significatività²⁹, con tale espressione qui si intende il fascio di situazioni e prerogative giuridiche che nascono da una relazione rilevante per il diritto e che si proietta nella comunità statale e nelle formazioni sociali intermedie. Ne deriva che lo *status* è elemento costitutivo dell’identità della persona anche nella sua relazione con i consociati e con l’ordinamento, con la conseguenza che il suo mancato riconoscimento cagiona un *vulnus* a tale diritto fondamentale³⁰.

Per ciò che concerne, segnatamente, lo *status* coniugale, non può non osservarsi che esso è connotato dalla libertà e volontarietà del suo acquisto. Tratti che non possono venir meno pure con riferimento alla sua continuità quando ciò è voluto anche dall’altro membro della relazione.

Se si condividono queste premesse deve ritenersi inammissibile una sua spoliazione autoritativamente imposta ai singoli in funzione di asseriti “superiori” interessi generali di cui si fa portatore l’ordinamento³¹. Esito che sembra prospettarsi nell’ipotesi di intrascrivibilità del matrimonio omosessuale celebrato all’estero e in quella del cosiddetto divorzio “imposto” del transessuale, nel momento in cui al diritto dei singoli viene opposta la conservazione del paradigma eterosessuale del matrimonio in quanto espressiva di un superiore interesse della collettività.

In altri termini il diritto personalissimo di sposarsi e di vivere la relazione coniugale costituisce una libertà degli individui che non può subire compressioni esterne mosse da motivazioni eccentriche rispetto ai membri della coppia e che non esprimono interessi di rango primario di natura superiore né un condiviso consenso sociale di cui lo Stato è interprete.

Sotto quest’ultimo ordine di considerazioni, va ricordato che nel diritto vivente si attesta un rifiuto assoluto nei confronti della poligamia. Ciò per il pacifico e condiviso contrasto della fattispecie con il principio di uguaglianza, cardine degli ordinamenti occidentali. Tuttavia benché le istanze di riconoscimento della qualità di coniuge delle mogli vengano rigettate, in molti paesi, compresa l’Italia, gli effetti del matrimonio poligamico hanno trovato ingresso sotto taluni profili. Ne sono esempio il ricongiungimento familiare ammesso dalle corti in vista della salvaguardia dell’interesse della prole³², e il risarcimento del danno da uccisione del marito riconosciuto in ragione del venir meno dell’apporto morale

29 Tra i tanti cfr. P. Rescigno, *Situazione e status nell’esperienza del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1973, I, p. 209 ss.; Id., voce «Status - I) Teoria generale», in *Enciclopedia giuridica*, XXX, Roma, 1993, e, più di recente, *Le categorie civilistiche*, in *Fonti, soggetti, famiglia*, t. I, *Le fonti e i soggetti*, in *Diritto civile*, dir. da N. Lipari e P. Rescigno, coord. da A. Zoppini, Milano, 2009, p. 185 ss. V. altresì F. Prosperi, *Rilevanza della persona e nozione di status*, in *Rassegna di diritto civile*, 1997, p. 810 ss; G. Bonilini, *Lo status o gli status di filiazione?*, in *Famiglia, persone e successioni*, 8-9/2006, p. 681 ss.

30 La Corte Edu ha affermato che il mancato recepimento del certificato di nascita regolarmente formato all’estero in seguito a maternità di sostituzione finisce per violare il diritto alla vita privata e familiare dei minori sotto il profilo dell’identità personale nelle note decisioni del 26 giugno 2014, ric. n. 65192/11, *Mennesson c. Francia*, e ric. n. 65941/11, *Labassee c. Francia*, reperibili in <http://hudoc.echr.coe.int>.

31 A voler diversamente ragionare si incorre in una palese violazione dell’autodeterminazione relativamente all’esercizio dei diritti fondamentali, come può desumersi dalla vicenda oggetto della pronuncia della Corte costituzionale n. 170 del 2015, cit.

32 V. Corte d’appello di Torino, decreto del 18 aprile 2001, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2001, p. 1492 ss.; Tribunale di Bologna, ordinanza del 12 marzo 2003, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 3/2004, p. 775 ss., le quali hanno accolto le domande di ricongiungimento della madre al figlio residente in Italia ritenendo irrilevante la presenza nel territorio dello Stato di altre mogli del proprio marito sulla base del preminente interesse della prole. Va segnalato che di recente la Corte di cassazione con ordinanza del 28 febbraio 2013, n. 4984, in *Foro italiano*, 2013, I, c. 2519 ss., ha espresso un diverso orientamento sottolineando come il divieto posto all’art. 29, comma 1- ter del d.lgs. n. 286/1998, operi oggettivamente nei confronti delle richieste di ricongiungimento familiare proposte in favore del coniuge di un cittadino straniero già regolarmente soggiornante con altro coniuge in Italia, non distinguendo soggettivamente la provenienza della domanda, «e al contrario mirando ad evitare l’insorgenza nel nostro ordinamento di una condizione di poligamia, contraria al nostro ordine pubblico anche costituzionale» (punto 4 della motivazione).

In dottrina v., ad es., R. Clerici, *Le norme di diritto internazionale privato in materia di famiglia*, in *Famiglia e matrimonio*, T. Auletta (a cura di), I, nel *Trattato di diritto privato*, dir. da M. Bessone, IV – *Il diritto di famiglia*, Torino, 2010, p. 117 ss., spec. p. 142 ss..

e materiale della vittima a favore dell'intero nucleo familiare³³. A ben vedere tali aspetti non possono ritenersi (del tutto) disgiunti dallo *status*, come sopra definito.

6. Segue

Nel dibattito contemporaneo la complessità delle fonti e la tutela multilivello dei diritti umani con riguardo al tema in esame sollecitano una riflessione sull'ammissibilità della libertà di circolazione degli *status* come ineliminabile portato della libertà di circolazione delle persone.

La visione che reputa possibile all'interno dello spazio comune europeo scindere quest'ultima libertà dal (la circolazione degli) *status* familiari³⁴ viene contraddetta dagli approdi interpretativi in ambito di cognome e di ricongiungimento del coniuge, nei quali si ammette la "portabilità" di quella "frazione" dello *status* legata alle situazioni soggettive di volta in volta implicate.

La Corte di giustizia ha ritenuto in contrasto con il diritto di circolazione e soggiorno di un cittadino europeo il rifiuto opposto da uno Stato membro alla conservazione del cognome familiare acquisito secondo le regole di un diverso paese europeo³⁵. I giudici sottolineano come il mancato riconoscimento del cognome o l'imposizione della sua modifica in ossequio alla normativa dell'ordinamento di "destinazione", impingendo autoritativamente sull'identità della persona, dia luogo a una irragionevole compressione della libertà di circolazione. Hanno inoltre evidenziato «che lo *status* di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri (...)», e hanno affermato che la normativa primaria della Comunità non consente l'adozione di «provvedimenti nazionali che abbiano l'effetto di privare i cittadini dell'Unione del godimento reale ed effettivo del nucleo essenziale dei diritti conferiti dallo *status* suddetto»³⁶.

Quanto al ricongiungimento, in presenza di una normativa sul diritto dei cittadini europei e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri (d. lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, attuativo della direttiva 2004/38/CE), che individua nel coniuge uno dei soggetti cui spetta tale diritto, in ambito interno la S.C. ha precisato che la relativa condizione va apprezzata sulla base della legislazione nazionale dello Stato che l'ha attribuita e che, una volta positivamente verificata la sua sussistenza nel richiedente, lo *status* di coniuge va accolto come tale nel sistema italiano³⁷. Tale interpretazione, conforme alla *ratio* della direttiva³⁸, è rispettosa anche delle Linee guida per il migliore recepimento e applicazione della stessa, dettate nel 2009 dalla Commissione. Qui si sottolinea come la direttiva debba essere applicata «conformemente al principio di non discriminazione, sancito in parti-

33 Ne danno notizia K. Rhazzali, M. Equizi, *I musulmani e i loro luoghi di culto*, in *Le religioni nell'Italia che cambia. Mappe e bussole*, E. Pace (a cura di), Roma, Carocci editore, 2013, p. 47 ss., spec. p. 72.

Sotto altro profilo merita di essere ricordato che le Linee guida della Commissione europea per una migliore trasposizione della direttiva 2004/38/CE (relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri) COM (2009)313, nel precisare che «in linea di principio i matrimoni validamente contratti in qualunque parte del mondo devono essere riconosciuti ai fini dell'applicazione della direttiva» (punto 2.1.1), dopo aver segnalato che a livello internazionale ed europeo i matrimoni "forzati" non possono ricevere tutela, individua nei matrimoni poligamici un'eccezione alla regola della protezione piena dei matrimoni ovunque validamente contratti. Gli Stati membri non sono tenuti a riconoscere i matrimoni poligami, contratti legalmente in un paese terzo, quando in contrasto con il loro ordinamento giuridico; tuttavia ciò non pregiudica «l'obbligo di tenere conto dell'interesse superiore dei figli nati da tali matrimoni» (punto 2.1.1).

34 Esemplicativamente sul punto nella recente letteratura C. Camardi, *Diritti fondamentali e status della persona*, cit., p. 23 ss.

35 Corte di giustizia Ue, 14 ottobre 2008, C-353/06, e, in precedenza Corte di giustizia Ce, 2 ottobre 2003, C-148/02, entrambe consultabili in <http://curia.europa.eu>.

36 Corte di giustizia Ue, 5 maggio 2011, C434/09, consultabile in <http://curia.europa.eu>, punto 47.

37 Cassazione penale, sentenza del 19 gennaio 2011, n. 1328, in *Articolo29*, www.articolo29.it. Risente dell'influsso di tale statuizione la Circolare del Ministero dell'interno del 26 ottobre 2012, n. 8996, con la quale, in ossequio anche ai principi affermati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 138 del 2010 sul riconoscimento alle coppie omosessuali del diritto a vivere pienamente la condizione di coppia, si ribadisce che ai fini dell'applicazione del d.lgs. n. 30 del 2007, la nozione di coniuge dev'essere interpretata alla luce della normativa dello stato estero in cui il matrimonio è stato celebrato.

38 In base al Considerando 2, infatti, «la libera circolazione delle persone costituisce una delle libertà fondamentali del mercato interno che comprende uno spazio senza frontiere interne nel quale è assicurata tale libertà secondo le disposizioni del trattato». Ed inoltre le Linee guida emanate dalla Commissione Europea, per una migliore trasposizione della Direttiva 2004/38/CE (COM(2009) 313 def.) rilevano che «la libera circolazione dei cittadini rappresenta una delle libertà fondamentali del mercato interno ed è il fulcro del progetto europeo».

colare dall'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea»; circostanza, questa, che rafforza l'indicazione ermeneutica cui s'è fatto cenno del pieno generale riconoscimento dei «matrimoni validamente contratti in qualunque parte del mondo» - e dunque secondo la legislazione del paese di celebrazione -, tranne quelli che urtano irrimediabilmente contro i principi fondanti dell'ordinamento europeo. È il caso dei matrimoni forzati³⁹.

Dunque, chi ha acquisito la qualità di *coniuge* in un paese membro, anche in quelli che ammettono il matrimonio *same-sex*, ha diritto a vedere accolto il suo *status* nell'ordinamento in cui intende stabilirsi per accompagnare o ricongiungersi al/la proprio/a marito/moglie.

Va tuttavia preso atto che una simile soluzione, di pieno recepimento della condizione personale acquisita all'estero nel momento di valutazione della sussistenza dei presupposti (qualità di coniuge) per l'accoglimento della domanda di circolazione e soggiorno⁴⁰, finisce per chiudersi poi rispetto agli altri momenti in cui il medesimo *status*, come condizione della persona, necessita di un preciso riconoscimento una volta che il soggetto è inserito nel nostro sistema. Limitando il ragionamento all'ipotesi in esame, lo *status* matrimoniale (omosessuale) di colui che soggiorna stabilmente in Italia a seguito di ricongiungimento con il proprio coniuge si dissolve a tutti gli altri fini rilevanti per l'ordinamento interno (lavorativo, previdenziale, sanitario, sicurezza sociale). Paradossalmente i due coniugi, di cui almeno uno sia cittadino comunitario, autorizzati a stabilirsi e soggiornare sul territorio nazionale, non vengono più considerati tali dallo Stato italiano "ospitante".

Detto in altre parole, il risultato che ne discende è contraddittorio con le premesse da cui parte — ossia il riconoscimento quanto più ampio possibile del matrimonio celebrato all'estero — e con la finalità che ispira la normativa europea e quella interna di recepimento⁴¹.

Questa contraddizione è visibile in quelle letture che operano una rigida e netta cesura tra regole di matrice comunitaria in tema di libera circolazione delle persone, in ossequio alle quali si dà ingresso alle categorie del diritto europeo anche rispetto alla qualifica di coniuge, e regole di diritto interno sui rapporti familiari, alle quali viene attribuita una operatività in tutti gli altri ambiti. Si afferma, infatti, che l'esigenza di garantire la libera circolazione delle persone è sganciata dalla disciplina municipale in materia di famiglia. A questa stregua si sostiene la separazione tra i due piani di tutela: quello della «libertà di circolazione (dominata dalla normativa sovranazionale) e del diritto di famiglia (informato ai principi stabiliti dal legislatore nazionale)». Nel primo «assumono rilievo specifiche ragioni ed interessi anche di natura economica che informano l'Unione (integrazione economica, scambi commerciali, concorrenza ecc...) e la materia è di specifica competenza dell'Unione Europea; nell'altro caso, oggetto di tutela appare, invece, la protezione della famiglia e dei suoi componenti, materia non di competenza dell'Unione Europea, ove emergono distinte esigenze che devono essere risolte nell'ordinamento nazionale»⁴². In questa prospettiva ermeneutica la nozione di coniuge contenuta nella normativa di ispirazione comunitaria deve essere interpretata secondo il diritto dell'Unione, nel quale spicca l'art. 9 della Carta di Nizza. Quando, invece, non si tratta di decidere sulla libertà di circolazione delle persone nel

39 Linee guida, cit., punto 2.1.1. Con riferimento al matrimonio poligamico v. note 32 e 33.

40 Va segnalato che la condizione di componente di unione registrata non gode dell'automatico riconoscimento garantito al coniuge sulla base del disposto dell'art. 2, 1° comma, lett. b), n. 2) del d.lgs. n. 30 del 2007, in forza del quale si intende per "familiare" il «partner che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante». L'assenza in Italia di una normativa sulle unioni civili, prim'ancora della circostanza che in essa l'unione registrata sia equiparata al matrimonio, comporta un vuoto di tutela per le coppie legalmente registrate all'estero che intendono risiedere nel nostro paese. Per superare l'*impasse* in giurisprudenza si è "degradata" la posizione di componente di un'unione registrata a quella del partner di fatto, diversamente presa in considerazione dall'art. 3, 2° comma, lett. b) del medesimo decreto legislativo (cfr. Tribunale di Verona, ordinanza del 5 dicembre 2014, in *Articolo29*, www.articolo29.it). Tale previsione rimette ad una valutazione discrezionale dello Stato "ospitante" la possibilità di accogliere l'istanza di soggiorno nel momento in cui viene accertato che il compagno di vita abbia con il cittadino europeo «una relazione stabile debitamente attestata con documentazione ufficiale».

41 In linea con l'esigenza di un riconoscimento ampio del matrimonio celebrato all'estero è il provvedimento del Tribunale di Pescara (ordinanza del 18 maggio 2013, in *Famiglia e diritto*, 8-9/2013, p. 790 ss., con nota di G. Genova) in cui si legge che «la qualità di coniuge del richiedente il permesso di soggiorno attiene ad uno *status* come riconosciuto dallo Stato comunitario ove la coppia ha contratto matrimonio, e su cui lo Stato comunitario destinato ad accogliere la coppia ed in particolare il coniuge (anche extracomunitario) che intenda ivi soggiornare e permanere con l'altro coniuge comunitario, non può opporsi o introdurre impedimenti che non siano quelli previsti dal d.lgs. n. 30/07 e cioè le riportate ragioni di ordine pubblico e di pubblica sicurezza». Anche se concerne non il matrimonio ma l'unione di fatto in questa stessa direzione si segnala Tribunale di Firenze, ordinanza del 4 luglio 2005, in *Articolo29*, www.articolo29.it.

42 Così in giurisprudenza Tribunale di Reggio Emilia, decreto del 13 febbraio 2012, in *Articolo29*, www.articolo29.it, punto 2.

territorio comune europeo, la nozione di coniuge, così come tutte le altre rilevanti in materia di rapporti familiari, viene integralmente assorbita nello strumentario concettuale del giurista nazionale.

Non si può non valutare criticamente l'incoerenza argomentativa di chi da un lato sottolinea «la necessità per gli Stati membri di rispettare il diritto del cittadino dell'Unione di spostarsi nel territorio dell'Unione *conservando i propri rapporti familiari*» e, dall'altro, riserva «all'autonomia dei singoli Stati nazionali la definizione della nozione di matrimonio valida per il diritto interno»⁴³.

7. Identità e *status* personale.

Malgrado la direttiva sulla libertà di circolazione e soggiorno e le Linee guida elaborate dalla Commissione per la sua applicazione muovano dal presupposto della piena attuazione del principio di non discriminazione sancito all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali, e pure accolto dalla normativa interna di recepimento, va rimarcato come questo importante segmento di tutela della persona e della famiglia (anche omosessuale) venga fortemente depotenziato nel momento in cui si inserisce in un sistema che nega visibilità e formale riconoscimento alla condizione coniugale omosessuale acquisita e consolidata all'estero e allo svolgimento della relazione matrimoniale.

La mancata trascrizione del matrimonio *same-sex* quasi unanimemente affermata dalle nostre corti e l'assenza di una disciplina sulle unioni civili che possa rappresentare ancoraggio normativo per il rapporto coniugale validamente instaurato all'estero⁴⁴, determinano un *vulnus* alla persona e alla sua identità, la quale finisce per dispiegarsi diversamente a seconda dell'ordinamento giuridico in cui il soggetto vive o temporaneamente si trova. Questo si traduce in una perdita secca di una parte — non irrilevante — dell'identità e segnatamente, in primo luogo, quella inerente alle relazioni familiari che si dipartono dal matrimonio e dalla filiazione⁴⁵.

Ciò risulta in stridente contrasto con i principi che costituiscono la cornice e il fondamento dell'ordinamento interno e sovranazionale, tra i quali innanzitutto il principio del rispetto della vita privata e familiare e di non discriminazione in base all'orientamento sessuale.

Pertanto il sistema nazionale, visto nella sua complessità e dinamismo, esibisce smagliature, che sono il portato inevitabile delle aperture alle istanze di protezione avanzate dai singoli che reclamano il pieno riconoscimento dei propri diritti personalissimi.

La strenua difesa di una compattezza del sistema delle relazioni familiari incentrato su paradigmi risalenti mostra segni evidenti di cedimento in tutte quelle fattispecie, che non possono più considerarsi eccezionali, in cui le regole di diritto positivo hanno subito una torsione "anomala" attribuendo situazioni soggettive a individui o coppie con orientamento omosessuale. Ci si riferisce ai casi già richiamati del matrimonio che persiste nonostante il cambiamento di genere di uno degli sposi, della rettificazione degli atti dello stato civile indipendentemente dalla modificazione chirurgica dei caratteri sessuali primari, della trascrizione dei certificati di nascita di bambini con genitori dello stesso sesso ed eccezionalmente di matrimonio *same-sex*⁴⁶.

Alla luce delle considerazioni svolte, risulta nient'affatto convincente la soluzione maggioritaria richiamata in apertura che si arresta di fronte all'inesistenza di una normativa specifica cui agganciare gli effetti nell'ordinamento interno del matrimonio celebrato all'estero del quale si chiede la trascrizione; negando, così, la "portabilità" dello *status* e mutilando l'identità della persona nel momento in cui essa viene a dispiegarsi sul territorio nazionale.

43 Si v. ancora Tribunale di Reggio Emilia, decreto del 13 febbraio 2012, cit., punto 3.2.

44 Il d.d.l. n. 2081, Cirinnà *et al.*, comunicato alla Presidenza del Senato il 6 ottobre 2015, se approvato, prevede all'art. 8, 1° comma, lett. b), l'emanazione di decreti legislativi che modifichino le norme di diritto internazionale privato nel senso di applicare la disciplina interna sulla unione civile «alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all'estero matrimonio, unione civile o altro istituto analogo».

45 Senza trascurare i profili concernenti l'acquisto della cittadinanza o la qualità di erede legittimo e necessario, per fare solo qualche esempio.

46 Le fratture nel sistema sono rilevabili pure nei provvedimenti che hanno ammesso l'adozione in casi particolari della figlia nata con inseminazione eterologa nell'ambito di una coppia omosessuale (Tribunale dei minori di Roma, sentenza del 30 luglio 2014, in *Foro italiano*, 2014, I, c. 2743 ss., con nota di G. Casaburi) e che hanno disposto la continuità dei rapporti tra la mamma sociale e i figli della compagna, una volta cessata la relazione di coppia (Tribunale di Palermo, decreto del 6-15 aprile 2015, in *Foro italiano*, 2015, I, c. 1780 ss., con nota di G. Casaburi).

In questa *impasse*, a fronte anche delle statuizioni delle supreme corti, deve percorrersi la via che conduce, nel sistema dato, al riconoscimento degli effetti del matrimonio della coppia omosessuale sposata all'estero attraverso l'applicazione analogica delle previsioni relative ai diritti e doveri che nascono dal matrimonio⁴⁷.

47 Come segnalato, va in questa direzione il decreto del Tribunale di Grosseto del 26 febbraio 2015 (v. nota 3), che ha ordinato la trascrizione del matrimonio sulla base, tra l'altro, della considerazione dell'immediatezza degli effetti giuridici e sociali dello *status* (coniugale), che non può essere paralizzata «sulla scorta di una pretesa inapplicabilità della disciplina codicistica a coniugi aventi un orientamento omosessuale». La Corte giunge a tale soluzione anche ponendo l'accento sul principio di non discriminazione, ritenendo irragionevole e sproporzionata una limitazione del diritto fondamentale della coppia *same-sex* in assenza di un contrapposto interesse generale di pari o superiore rango. In definitiva la differenza di trattamento nella trascrivibilità di matrimoni etero e omosessuali viene rinvenuta unicamente nell'orientamento sessuale dei richiedenti, in violazione del principio di non discriminazione.

Marco Magri*

La giurisprudenza amministrativa sulla trascrizione dei matrimoni omosessuali nei registri dello stato civile: governo degli uomini o governo delle leggi?

Sommario

1. Il difficile quadro tracciato dalla giurisprudenza di primo grado – 2. La chiave di lettura del Consiglio di Stato: gerarchia, potere implicito, *interna corporis* – 3. Far *tabula rasa* di uno *status* fuorilegge: chi, se non l'amministrazione? – 4. La questione della «trascrivibilità» del matrimonio celebrato all'estero. La possibile incostituzionalità della norma di conflitto (in tema di capacità matrimoniale) – 5. L'inevitabile scivolamento della controversia sulla «trascrivibilità» tra le questioni relative allo stato delle persone, su cui non c'è giurisdizione amministrativa – 6. Il radicamento della giurisdizione amministrativa nella sola controversia sull'attribuzione, regolata dalle norme sulla tenuta dei registri di stato civile – 7. Argomenti a favore della nullità della «circolare Alfano» e dei provvedimenti prefettizi applicativi per difetto assoluto di attribuzione (art. 21-septies l. n. 241/1990) – 8. Un orizzonte minaccioso per l'ideale del governo delle leggi: i pieni poteri dell'esecutivo contro il «gentle despotism» degli omosessuali

Abstract

Con la circolare adottata il 7 ottobre 2014 (Prot. N ° 10863), il Ministro dell'Interno ha ordinato a tutti i prefetti della Repubblica (e al Sindaco dei comuni situati all'interno dei rispettivi distretti) di cancellare dai registri di stato civile tutte le registrazioni di matrimoni fra persone dello stesso sesso celebrati all'estero, sottolineando che il matrimonio è disciplinato dal diritto nazionale anche se celebrato all'estero e che di conseguenza si impone una nozione solo eterosessuale di matrimonio, essendo quest'ultimo l'incontro di volontà tra "marito" e "moglie". L'articolo si propone di delineare i primi risultati cui è giunto il controllo giurisdizionale sui limiti delle competenze ministeriali, le quali sono state contestate dalle persone coinvolte dall'annullamento della loro registrazione di stato. Alcune coppie hanno contestato difatti le decisioni prefettizie, assumendo che le misure dei prefetti fossero illegali ed inefficaci, portando la questione innanzi ai tribunali amministrativi regionali e, infine, al Consiglio di Stato, che ha tuttavia respinto da ultimo la domanda in ragione della pretesa struttura gerarchica dell'Amministrazione dello Stato e dell'affermato interesse pubblico all'eliminazione dei matrimoni fra persone dello stesso sesso dai registri di stato civile.

With the circular adopted on October 7, 2014 (Prot. No. 10863), the Minister for the Interior ordered to all the prefects of the Republic (and to the Mayor of the municipalities located within the respective districts) to withdraw and delete all the registrations of same-sex marriages celebrated abroad from the civil status registers. The Minister pointed out that the same-sex marriage relationship is governed by national law even whether it has been celebrated abroad; hence, it must be interpreted in the sense of the heterosexuality of the concept of marriage, being this latter an encounter of will between "husband" and "wife". The article aims to sketch the first outcomes of judicial review scrutiny about the limits of the Ministerial powers, challenged by the persons involved by the annulment of their status recording. Some couples challenged such a decision, applying for the declaration that the prefect's measures was unlawful and ineffective. They brought the matter before the administrative regional courts and

* Associato di Diritto Amministrativo, Università di Ferrara.

ultimately before the State Council, who refused the application because of the hierarchical structure of the State administration and the public interest to eliminate same-sex marriages from the civil status registers.

1. Il difficile quadro tracciato dalla giurisprudenza di primo grado

Dopo non poche incertezze, il famoso dilemma di filosofia politica — «governo degli uomini o governo delle leggi?»¹ — è sembrato appropriato a corredare il titolo delle presenti note, benché possa far nascere il sospetto di una critica pletorica o sproporzionata al caso.

Ma la sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 26 ottobre 2015, n. 4897² suscita esattamente un interrogativo di questo tipo; chiama in causa i principi dello Stato di diritto, di fronte ad una decisione in cui questi ultimi, sia pure con le migliori intenzioni, non sono stati ben governati.

Non v'è dubbio che spettasse al Consiglio di Stato mettere ordine in una giurisprudenza che, dopo cinque differenti pronunce dei tribunali amministrativi regionali, appariva ancora complessivamente incerta, e non sempre ben disposta, in merito al problema della legittimità della trascrizione nei registri di stato civile dei matrimoni celebrati all'estero tra persone dello stesso sesso³.

Delle cinque decisioni di primo grado, due, una del TAR Lazio⁴ — poi riformata dal Consiglio di Stato — ed una del TAR Friuli Venezia Giulia⁵, avevano accolto i ricorsi proposti dai diretti interessati contro gli atti dei prefetti che avevano tolto efficacia alle trascrizioni. Altre due pronunce, del TAR Toscana⁶ e del TAR Lombardia⁷, avevano declinato la giurisdizione, ritenendo che la controversia sull'annullamento della trascrizione del matrimonio riguardasse diritti soggettivi, esattamente come accade nel caso di lite sul rifiuto di un atto da parte dell'ufficiale di stato civile, devoluta per legge al giudizio ordinario di rettificazione (art. 95 DPR n. 396/2000)⁸.

In tutte e quattro le decisioni di cui si è appena dato conto, il giudice amministrativo non ha deciso in merito all'azione di nullità dell'atto del prefetto (art. 31 c.p.a.), che pure era stata proposta dai ricorrenti in via principale (l'azione di annullamento veniva in subordine). In Lazio ed in Friuli Venezia Giulia il vizio di nullità è stato derubricato a semplice annullabilità, per chiarire che il potere del prefetto, pur privo di base legale, non è un potere inesistente, ma solo male esercitato. In Toscana ed in Lombardia viceversa non si è neppure arrivati a deciderne le sorti, avendo i TAR stabilito che, in conseguenza della carenza di potere del prefetto, a giudicare dell'atto impugnato dovesse essere il giudice dei «meri comportamenti»: quello ordinario. In Lombardia, a latere della declaratoria di difetto di giurisdizione, è stato accolto il ricorso proposto del sindaco-ufficiale di stato civile a tutela delle proprie attribuzioni, in origine sotto forma di intervento *ad adiuvandum*, ma riqualificato dal TAR come autonoma azione di annullamento, correttamente promossa (questa sì) dinanzi al giudice amministrativo. In Friuli Venezia Giulia lo stesso tipo di intervento è stato giudicato inammissibile, anzi temerario, tanto che il TAR ha trasmesso gli atti alla Corte dei Conti per la valutazione di responsabilità erariale del sindaco, colpevole

- 1 E' questo il titolo del capitolo finale di N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Torino, UTET, 1984, 169 ss. Sui termini sostanziali del problema tra gli altri, R. Bin, *Lo stato di diritto*, Bologna, Il Mulino, 7 ss.
- 2 In questa *Rivista*, p. 336, identica a quelle, in pari data, n. 4898 e n. 4899. Tra i primi commenti, L. Morassutto, *Il Consiglio di Stato e la spallata alla giurisdizione ordinaria*, in *Articolo29*, www.articolo29.it. 2015.
- 3 Per una rassegna della recente giurisprudenza civile di merito, <http://www.articolo29.it/matrimonio-indice/matrimonio-contratto-allesterotrascrizionemerito/>
- 4 Tribunale amministrativo regionale Lazio, I-ter, sentenza del 23 aprile 2015, n. 5924.
- 5 Tribunale amministrativo regionale Friuli Venezia Giulia, I, sentenza del 21 maggio 2015, n. 228.
- 6 Tribunale amministrativo regionale Toscana, sentenza del 25 settembre 2015, n. 1291.
- 7 Tribunale amministrativo regionale Lombardia, III, sentenza del 29 settembre 2015, n. 4749.
- 8 Nella sentenza del Tribunale amministrativo regionale Lombardia, la declinatoria della giurisdizione era sorretta anche da un altro assunto: che la pretesa dei ricorrenti alla trascrizione del matrimonio corrispondesse alla rivendicazione giudiziale di una situazione di diritto soggettivo «incomprimibile». I giudici lombardi avevano fatto tesoro del criterio di riparto basato sulla *causa petendi*, per desumerne che l'intrinseca natura della situazione giuridica azionata era l'interesse alla conservazione della trascrizione, quindi che la contestazione cadesse in radice sulla esistenza del potere prefettizio. Giusta osservazione, purtroppo non seguita dalla decisione più conseguente, e cioè l'applicazione dell'art. 21-septies l. n. 241/1990, che scientemente i giudici hanno citato, ma per inferirne la declaratoria di difetto di giurisdizione. Così il Tribunale amministrativo regionale ha addossato ai ricorrenti l'onere di procedere alla *translatio iudicii*, anziché decidere come a mio giudizio meglio sarebbe stato, ossia dichiarare la nullità dell'atto del prefetto per difetto assoluto di attribuzione.

di aver esposto l'amministrazione ad inutili spese di giudizio. Dinanzi al TAR Veneto⁹, l'esito dei ricorsi era stato negativo su tutti i fronti.

Era ondivaga, insomma, la giurisprudenza di primo grado; ma forse vi è qualcosa di più. Quella del TAR Veneto è stata l'unica sentenza *con dispositivo di rigetto*, non l'unica in cui il diritto alla trascrizione del matrimonio omosessuale è stato dichiarato inesistente. Gli accertamenti dei TAR sono stati, sotto questo profilo, circospetti, a tratti persino monitori, verso le trascrizioni. Nessuno ha spiegato perché l'azione di nullità non potesse essere accolta, ma *ça va sans dire*: non è stata trattata neanche da due TAR che hanno accolto il ricorso, perché se fosse stata accolta avrebbe prodotto un giudicato di portata eccessivamente vantaggiosa, il riconoscimento di un interesse «illegittimo».

Tocchiamo così il punto fondamentale. Quando ho accennato al fatto che la giurisprudenza di primo grado non è stata sempre benevola verso i ricorrenti, alludevo proprio a questo aspetto della vicenda. Sia le due pronunce favorevoli ai ricorrenti (Lazio, Friuli Venezia Giulia), sia una delle due che hanno declinato la giurisdizione (Toscana) sono state *attentissime a precisare che mai, in Italia, il matrimonio omosessuale potrebbe essere trascritto*. Due di queste pronunce hanno ritenuto fondate le censure contro il provvedimento prefettizio, che aveva tolto efficacia alla trascrizione del matrimonio; ma sia queste, sia le altre sono state *contrarie o, comunque, non favorevoli alla trascrizione*.

Complessivamente, l'impressione è che la giurisprudenza regionale, anche sul suo versante di accoglimento, abbia voluto sanzionare, della «circolare Alfano», perlopiù l'abnormità di aspetti formali: l'essere intervenuto, il ministro, in assenza di base normativa, per impartire ai prefetti l'ordine di annullare le trascrizioni consentite da alcuni sindaci. Ma anche laddove è stata accertata la violazione del principio di legalità, i TAR non hanno voluto astenersi dal dire che pure le trascrizioni erano atti macroscopicamente privi di base normativa, meritevoli di una «qualche» sanzione, a causa della loro palese antigiusuridicità. E la sanzione è stata, appunto, l'inserimento di un capo di sentenza in cui si è espressamente giudicata la trascrizione del matrimonio omosessuale effettuata dagli ufficiali di stato civile.

Meglio si direbbe, a voler chiamare le cose col loro nome, che quella denunciata dinanzi ai TAR era una vera e propria alterazione degli atti dello stato civile da parte di pubblici ufficiali (ministro e prefetto). Comportamento vietato dalla legge penale (art. 476 c.p.), che sarebbe stato contestato in condizioni «normali» a qualunque funzionario pubblico che lo avesse posto in essere: si pensi al caso del medico, reo di aver alterato una cartella clinica falsa, con l'intento di farla rispondere al vero¹⁰.

Solo che qui la manomissione dei registri pubblici deve aver dato ai TAR l'idea del reato impossibile, poiché gli atti di unione matrimoniale tra persone dello stesso genere, celebrati all'estero, sono tanto lontani dalla concezione italiana, eterosessuale, del matrimonio, da apparire alla gran parte dei giudici amministrativi come un nulla assoluto: una parvenza di *status*, che non poteva ingenerare alcuna pubblica fede, né conferire, di conseguenza, alcunché di offensivo alla loro distruzione.

Spigolando tra questioni processuali e di merito, le magistrature regionali hanno voluto arrivare, in qualche modo, a non restare del tutto «neutrali» dinanzi allo scempio del paradigma dell'unione tra marito e moglie, onde far quadrato con le giurisdizioni superiori sul problema di fondo: la validità della «trascrizione» del matrimonio omosessuale. Anche in uno dei due casi in cui il ricorso degli interessati è stato dichiarato inammissibile per carenza di giurisdizione (TAR Toscana), i giudici hanno tenuto a puntualizzare che l'atto del prefetto era difettoso, appunto, sul piano dell'attribuzione, *non dei contenuti*. Una sorta di campanello d'allarme imponeva di chiarire che l'annullabilità o la nullità dell'atto del prefetto si esauriva nella violazione di norme organizzative, non dei principi sulla sostanza dei diritti.

Dunque, la vicenda della trascrizione dei matrimoni omosessuali, per come si era evoluta dinanzi alla giurisdizione amministrativa di primo grado, ricordava per certi aspetti quei casi in cui l'impugnativa di un atto porta il giudice a preoccuparsi degli effetti della propria pronuncia: un giudice che, nel decidere se il ricorso debba essere accolto, respinto o dichiarato inammissibile, si lascia guidare, in tutto o in parte, dallo scopo di non assumere la responsabilità di una pronuncia troppo dirompente.

Se esisteva un filo conduttore che legava queste pronunce di primo grado, era la volontà di impedire che gli interessati traessero dal giudicato amministrativo di accoglimento (o comunque non di rigetto, considerate le due declinatorie della giurisdizione) elementi di «riviviscenza» della trascrizione dei loro matrimoni, e, in ultima analisi, la universalità dello *status* di coniuge.

Si era andati così dall'unica pronuncia di rigetto «secco» del ricorso, quella del TAR Veneto, che reputava la cancellazione prefettizia legittima, al punto che per questo Giudice gli stessi interessati ne avrebbero tratto beneficio, in quanto saggiamente disillusi dal «falso affidamento» in uno *status* che l'ordinamento avrebbe poi disconosciuto loro in ogni dove; alle sentenze dei TAR Lazio (di cui dirò tra poco) e Friuli Venezia Giulia, nelle quali si leggeva che l'atto del prefetto è, invece, illegittimo, ma non

9 Tribunale amministrativo regionale Veneto, sentenza del 29 luglio 2015, n. 878.

10 Corte di cassazione penale, sezione quinta, sentenza del 21 novembre 2011, n. 42917.

perché la trascrizione potesse essere effettuata da parte del sindaco — giacché, anzi, da questo punto di vista la «circolare Alfano» era definita, dai giudici, «legittima» — bensì per la mancanza di una regola generale che sancisse la supremazia gerarchica del prefetto sul sindaco quale ufficiale di stato civile, tale da permettere al primo organo di annullare, in via di autotutela, gli atti del secondo.

Si pensi, ancora, alla sentenza del TAR Toscana, che ha declinato la propria giurisdizione con l'*escamotage* della astratta parificazione tra controversia sulla cancellazione prefettizia e controversia sul rifiuto di trascrizione da parte del sindaco (di competenza del giudice ordinario ex art. 95 d.p.r. n. 396/2000), non senza aver precisato che il matrimonio tra persone dello stesso sesso, in Italia, non può produrre effetti. In questo modo, oltre a scendere *incidenter tantum* in una questione relativa allo stato dei ricorrenti (non saprei definirla in altro modo, ma cercherò di spiegarmi in seguito), i giudici fiorentini avevano dato l'impressione di non aver ponderato adeguatamente la tipologia di domanda loro rivolta: declaratoria di nullità, non semplice annullamento, del provvedimento impugnato.

Se non esisteva norma che sorreggesse il potere del prefetto, resta oscuro come mai il giudice amministrativo non ne abbia dichiarato la nullità per difetto assoluto di attribuzione (l'azione è prevista dall'art. 31 c.p.a.), anziché statuire negativamente sulla giurisdizione in base alla semplice comunanza della controversia a quella sulla rettificazione dei registri di stato civile. Non è forse l'azione di nullità uno strumento di realizzazione del compito, storico e costituzionale, della giustizia amministrativa, e cioè mettere la tipica efficacia «costitutiva» della sentenza amministrativa a disposizione degli interessi che non potrebbero mai ricevere tutela equivalente dinanzi al giudice ordinario, al quale è ancora oggi vietato l'intervento sull'atto, in forza dell'art. 4 della l. n. 2248/1865 all. E?

Analoghe osservazioni possono farsi riguardo alla decisione del TAR Lombardia, unica a non avere affrontato, neppure incidentalmente, la possibilità di trascrizione del matrimonio omosessuale nei registri di stato civile. La declaratoria di difetto di giurisdizione è stata, da parte del Collegio milanese, netta e senza postille: più marcatamente basata, a differenza del TAR Toscana, sulla carenza di potere del prefetto e sulla natura «incomprimibile» del diritto azionato. Si ripropone tuttavia l'interrogativo sopra formulato, visto che anche qui era stata proposta azione di nullità (ex art. 31 c.p.a.) e che il difetto assoluto di attribuzione è una delle cause che possono dar luogo a questo giudizio. Si consideri che, se vi è un aspetto che la giurisprudenza amministrativa tiene molto in conto, negli ultimi tempi, è la capacità di essere giudice naturale del potere anche quando quest'ultimo incide su diritti costituzionalmente garantiti. La giustizia amministrativa va favorevolmente disponendosi a tutelare gli interessi legittimi correlati a diritti fondamentali, non meno effettivamente degli interessi legittimi privi di tale addentellato.

A rendere poco plausibile la decisione del TAR Lombardia, può stare dunque la «crisi» della teoria dei diritti costituzionalmente garantiti come diritti «indegradabili». E viene da chiedersi come il TAR abbia potuto conciliare questa sua posizione, che nega in radice il potere del prefetto di incidere sul diritto soggettivo «incomprimibile», con il riconoscimento di un interesse legittimo in capo al sindaco ufficiale di stato civile, la cui funzione è semplicemente quella di dar certezza al diritto stesso, così da renderlo «incomprimibile» e sottrarlo alla giurisdizione amministrativa. La riqualificazione dell'intervento *ad adiuvandum* del sindaco di Milano come ricorso autonomo ha aperto un varco, che altrimenti non vi sarebbe stato, verso l'annullamento del provvedimento di autotutela. Non sarà anche questo (la sentenza è perspicace, ma le forzature non mancano) uno stratagemma per arrivare all'annullamento dell'atto del prefetto, senza esorbitare dal giudizio su rapporti di natura strettamente organizzativa?

In conclusione — e tornando alle primissime battute di questo paragrafo — ci si poteva aspettare che il Consiglio di Stato mettesse «ordine» sul problema della legittimità della trascrizione nei registri di stato civile dei matrimoni celebrati all'estero tra persone dello stesso sesso. Anche il disordine però non era del tutto involontario, né privo di contenuti ostili al matrimonio omosessuale. In realtà, nella giurisprudenza di primo grado vi erano già gli elementi dell'atteggiamento censorio che sarà poi assunto dai giudici di palazzo Spada verso l'operato degli ufficiali di stato civile. Non può quindi meravigliare che il Consiglio di Stato, riformando una di queste sentenze, abbia calcato la mano sulla necessità di proteggere, per prima cosa, l'integrità della «millenaria tradizione» che costituisce base dei principi costituzionali in materia di famiglia, riconoscendo al prefetto il potere di far *tabula rasa* di uno *status* fuorilegge.

2. La chiave di lettura del Consiglio di Stato: gerarchia, potere implicito, *interna corporis*

Anche il TAR Lazio, come si è visto, nella sentenza impugnata¹¹ aveva recisamente condannato le trascrizioni dei matrimoni omosessuali disposte dal sindaco di Roma, ma aveva poi utilizzando parametri distinti per giudicare il potere del prefetto di annullare le trascrizioni stesse.

Sulla «trascrivibilità» dell'unione omosessuale, il TAR aveva fondato la soluzione negativa sui noti orientamenti della Corte Costituzionale¹², della Corte europea dei diritti dell'uomo¹³, della Corte di Cassazione¹⁴, dai quali aveva desunto che, mancando il requisito dell'eterosessualità degli sposi, non vi può essere matrimonio, né trascrizione del matrimonio, per il diritto italiano¹⁵.

Il secondo oggetto implicava invece una questione di pura e semplice riserva di legge. Era in gioco la legalità dei poteri amministrativi, il fondamento del potere di annullamento d'ufficio esercitato dal prefetto. Questo era il problema di fondo: l'invalidità della trascrizione del matrimonio — benché evidente, secondo il TAR Lazio — non abilitava il prefetto a sostituirsi al sindaco arrogandosi un potere di autotutela che nessuna norma di legge gli attribuiva¹⁶. Coerentemente, il giudice di primo grado aveva negato che si potessero attribuire conseguenze rilevanti, ai fini della decisione, alla relazione di «supremazia gerarchica» che intercorre tra l'ufficiale di stato civile, il ministro ed il prefetto¹⁷.

11 Tribunale amministrativo regionale Lazio, I-ter, sentenza del 23 aprile 2015, n. 5924.

12 Corte costituzionale, sentenza del 15 aprile 2010, n. 138

13 Corte E.D.U., I, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*.

14 Corte di cassazione civile, sezione I, sentenza del 15 marzo 2012, n. 4184.

15 Punto 1 della motivazione. Fin qui, secondo il Tribunale amministrativo regionale, il quadro giuridico nazionale ed internazionale è inequivocabile: la capacità matrimoniale e le altre condizioni per contrarre matrimonio sono regolate dalla legge nazionale di ciascun nubendo (art. 27 l. n. 218/1995); il cittadino è soggetto alle disposizioni contenute negli articoli da 84 a 89 c.c. (sulle condizioni necessarie per contrarre matrimonio) anche quando contrae matrimonio in paese straniero secondo le forme ivi stabilite (art. 115 c.c.); in Italia il matrimonio può formarsi solo per consenso tra «marito» e «moglie» (argomenta ex artt. 108, 143, 143-bis c.c.; art. 64 d.p.r. n. 396/2000). Pertanto (punto 2) «la circolare del 7 ottobre 2014 del Ministro dell'Interno non risulta illegittima nella parte in cui si afferma l'intrascrivibilità dei matrimoni tra persone dello stesso sesso derivante «dalla loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano», in considerazione del difetto di un requisito sostanziale richiesto dalla normativa vigente in materia di stato e capacità delle persone (la diversità di sesso dei nubendi) che non può essere superato dalla mera circostanza dell'esistenza di una celebrazione valida secondo la lex loci ma priva dei requisiti sostanziali prescritti dalla legge italiana relativamente allo stato e alla capacità delle persone».

16 Punto 3 della motivazione. Anche su questo aspetto la trama motivazionale del Tribunale amministrativo regionale procedeva spedita: l'ufficiale dello stato civile è tenuto ad uniformarsi alle istruzioni che vengono impartite dal Ministero dell'Interno; la vigilanza sugli uffici dello stato civile spetta al prefetto (art. 9 d.p.r. n. 396/2000). Ma, quantunque si possa parlare di una «gerarchia» a proposito delle materie di competenza statale nelle quali in sindaco agisce quale ufficiale di governo — tra le quali vi è anche la tenuta dei registri di stato civile — i poteri di direttiva e di vigilanza previsti dall'art. 9 d.p.r. n. 396/2000 soggiacciono pur sempre alla regola della tipicità e nominatività, che connota il regime giuridico di tutti i poteri amministrativi. Da essi non è dunque lecito inferire, in capo al ministro ed al prefetto, anche la titolarità di un potere di annullamento in via di autotutela delle trascrizioni effettuate dal sindaco. Tanto più che l'art. 109 d.p.r. 396/2000 specifica che il potere di vigilanza del prefetto è in realtà di mera «verificazione» (obbligo del prefetto di ispezionare la tenuta dei registri almeno una volta l'anno e di redigere processo verbale). Ciò che più convince il Tribunale amministrativo regionale ad annullare l'atto impugnato è però l'art. 453 c.c., a norma del quale «nessuna annotazione può essere fatta sopra un atto già iscritto nei registri se non è disposta per legge ovvero non è ordinata dall'autorità giudiziaria» (art. 453 c.c.). Tale regola si applica anche all'ufficiale di stato civile, che una volta chiuso l'atto con la firma, può soltanto aggiornarlo o correggere eventuali errori materiali, dandone notizia al prefetto, al procuratore della repubblica competente e agli interessati (artt. 5, 11, 12, 98), mentre la rettificazione dei registri è riservata all'autorità giudiziaria (art. 95 d.p.r. n. 396/2000). A conferma di questo quadro, sta la norma per cui il sindaco può solo annotare eventuali provvedimenti giurisdizionali di rettificazione (art. 69 lettera i d.p.r. n. 396/2000) ed eventuali sentenze con le quali si pronuncia l'annullamento della trascrizione dell'atto di matrimonio (art. 69 lettera e d.p.r. cit.).

17 Punto 4 della motivazione, seconda ed ultima parte. Le norme di legge sulla relazione interorganica tra prefetto e sindaco, nell'ordinamento dello stato civile, non convincono il Tribunale amministrativo regionale della esistenza di un potere di annullamento gerarchico. L'art. 54, comma 11 d.lg. n. 267/2000, che attribuisce al prefetto il potere di intervenire con proprio provvedimento solamente in caso di inerzia del sindaco (la formula con la congiunzione «anche» in caso di inerzia, era contenuta nell'art. 6 d.l. n. 92/2008, che ha modificato l'art. 54 d.lg. n. 267/2000, ma la parola «anche» è stata eliminata dalla legge di conversione n. 125/2008). L'art. 21-nonies l. n. 241/1990 prevede che il provvedimento amministrativo possa essere annullamento anche da organo diverso da quello che lo ha emanato, se «previsto dalla legge», sottoponendo anche questa fattispecie ad uno stretto criterio di legalità-tipicità e negando quindi un intervento eliminatorio da parte del prefetto e del

La sentenza, impugnata dal ministro dell'interno — come osserverà poi, lucidamente, il Consiglio di Stato — si risolveva quindi in due accertamenti antitetici. Il primo, sfavorevole ai ricorrenti, «salva-va» la circolare ministeriale nella parte in cui negava lo *status* coniugale e disconosceva il diritto dei ricorrenti alla trascrizione del matrimonio. Il secondo dichiarava, ciononostante, illegittimi il provvedimento prefettizio e la circolare ministeriale, perché carenti di base legale.

Questa struttura «anfibologica» dell'oggetto del processo è stata il punto su cui ha fatto leva con più forza, il Consiglio di Stato, per rovesciare l'esito del processo di primo grado. È stato sufficiente ricostruire in chiave gerarchica l'organizzazione dei servizi di competenza statale che vedono il sindaco agire in veste di ufficiale di governo, tra i quali la tenuta dei registri di stato civile, per riportare ad un unico «ordinamento» sia le norme sulla trascrizione del matrimonio omosessuale, sia quelle disciplinanti il provvedimento sostitutivo del prefetto (cancellazione delle trascrizioni già disposte). Ed in tal modo, il giudizio non poteva che divenire, sotto entrambi i profili, svantaggioso per i ricorrenti.

Nell'ottica del giudice di appello esiste un ordine delle censure, in cui la questione della «trascrivibilità» del matrimonio omosessuale è «logicamente antecedente» a quella sulla validità dell'atto di annullamento della trascrizione. Il Consiglio di Stato lo motiva affermando che tale pregiudizialità era imposta dall'appello incidentale proposto dagli interessati; i quali, pur vittoriosi, avevano insistito affinché la invalidità dell'atto del prefetto fosse fatta dipendere dalla esistenza di un diritto alla trascrizione, non soltanto dalla mancanza di una norma che autorizzasse l'annullamento gerarchico. Ma più che su un «ordine logico», il percorso seguito dal giudice d'appello si spiega con il convincimento sul merito della controversia. Nella prospettiva del Consiglio di Stato, tutto ha origine dal comportamento non dovuto del sindaco di Roma: la gravità del *vulnus* provocato dalla trascrizione del matrimonio omosessuale al buon andamento dell'amministrazione dello stato civile, l'esigenza di ristabilire l'ordine che il sindaco ha patentemente violato, sono elementi che giocano essi stessi un ruolo giustificativo dell'annullamento disposto dal prefetto. La gerarchia, principio informatore di un sottosistema che agli occhi dei giudici ha tutti i caratteri dell'ordinamento interno, alimenta una *ratio* quasi securitaria, antagonista a quella basata sul testo delle disposizioni di legge applicabili, che aveva ispirato la sentenza di primo grado. L'impostazione seguita dal Consiglio di Stato è diversa *metodologicamente*, non muove dal principio di riserva di legge — o perlomeno, non da principi di stretta tipicità e nominatività dei poteri amministrativi — bensì da schemi teorici avallati dai «criteri ermeneutici sistematico e teleologico»¹⁸.

L'attribuzione al prefetto di un potere generale di annullamento gerarchico della trascrizione del matrimonio non si trova nella legge, secondo il Consiglio di Stato, ma nella *relazione interorganica che la legge istituisce*, e nei doveri che ne derivano¹⁹. Razionalità, uniformità del servizio di tenuta dei registri di stato civile, subordinazione funzionale cui sono tenuti gli ufficiali che vi operano: ecco i fondamenti di un potere di amministrazione attiva intestato egualmente a tutti gli organi dell'ordinamento dello stato civile. Giova notare che l'annullamento gerarchico non è intuito quale rimedio di natura giustiziale, forse neppure di avocazione, ma è *direttamente imputato alla natura concorrente, indistinta, della competenza dell'apparato*. Significativa, al riguardo, è l'analogia intravista dal Consiglio di Stato tra ordinamento dello stato civile e ordinamento della pubblica sicurezza, che ha struttura gerarchica per legge (art. 65 e 66 l. n. 121/1981) e dove i poteri sostitutivi sono espressamente previsti (art. 15 comma 3)²⁰.

ministro dell'interno. Il parallelo con l'ordinamento della pubblica sicurezza (l. n. 121/1981) è poi, secondo il Tribunale amministrativo regionale, fuori luogo, posto che quest'ultimo prevede espressamente una relazione di dipendenza gerarchica funzionale tra prefetto (o questore) e servizi comunali (art. 15 l. n. 121/1981), mentre la materia dello stato civile si basa sulle regole summenzionate, le quali impediscono d'intravedere similitudini tra i due plessi normativi, sulla base di un presunto principio gerarchico inespresso.

18 Punto 3.3. secondo capoverso.

19 Una conferma della grande rilevanza attribuita dal Consiglio di Stato alla «supremazia speciale» del prefetto e del ministro viene da una sua successiva sentenza (sez. III, 4 novembre 2015, n. 5039), la quale ha coerentemente stabilito che il sindaco, inferiore gerarchico, difetta di legittimazione e di interesse ad impugnare l'annullamento prefettizio della trascrizione. Tra sindaco e prefetto, stante «la configurazione giuridica della relazione interorganica (...) deve ravvisarsi una necessaria coincidenza di interessi (...) agendo, gli stessi, nell'esercizio del medesimo potere e a cura degli stessi interessi pubblici stabiliti dalla legge. Logico corollario di tale impostazione è che l'organo subordinato non possa agire in giudizio lamentando l'illegittimità di un atto adottato dall'organo ad esso sovraordinato e deputato alla sua vigilanza, potendo tale contestazione trovare composizione solo in sede amministrativa e non giurisdizionale». In pari data, la stessa sezione del Consiglio di Stato (III, 4 novembre 2015, n. 5043) ha aggiunto che soltanto le coppie omosessuali che hanno chiesto la trascrizione possono affermarsi titolari di un interesse all'annullamento della circolare del ministro, per cui è inammissibile il ricorso proposto da altre persone fisiche. E' stato inoltre affermato che la posizione soggettiva qualificata dall'ordinamento di stato civile non si può comunicare ad enti «esponenziali» (è stato pertanto respinto anche il ricorso del Codacons, per difetto di legittimazione attiva).

20 Punto 3.3., quarto capoverso.

Riconosciuto che il sindaco aveva esercitato un potere «abnorme, nel senso etimologico latino di “fuori dalla norma”»²¹, per avere autorizzato la trascrizione dei matrimoni omosessuali — e cioè di unioni di fatto tra persone che non sono «marito» e «moglie»; quindi, secondo il Consiglio di Stato, non hanno celebrato alcun «matrimonio» (poco importa se il vizio dell’atto sia «inesistenza» o «inefficacia») — ce n’era abbastanza per individuare l’elemento che attivava, in capo al prefetto e al ministro, la capacità di operare con «pieni poteri» onde ripristinare la regolarità del servizio²³.

Dall’art. 54, comma 11 d.l.g. n. 267/2000²⁴, il Consiglio di Stato ha tratto un generale «potere di sostituzione» (oltre il «caso di inerzia» del sindaco, ivi contemplato); dal comma 12 dello stesso articolo²⁵, un generale «potere di direzione»; dall’art. 9 d.p.r. n. 396/2000²⁶, un generale «potere di vigilanza». Non importa che la potestà di annullamento gerarchico non sia prevista, poiché è la pura e semplice conseguenza di questo costrutto. È *implicita* in quella competenza di natura concorrente, tipica degli ordinamenti gerarchici, nei quali la coordinazione si intensifica fino ad attribuire, al superiore, la stessa capacità di provvedere in merito ad un caso concreto, tramite riforma della decisione dell’inferiore.

Pertanto, spiega il Consiglio di Stato²⁷, a rigore non si dovrebbe neppure parlare di annullamento in via di autotutela ad opera di un organo diverso da quello che lo ha emanato, come previsto nell’art. 21-nonies l. n. 241/1990 (norma che il ministro aveva invocato nella propria circolare), ma di una pura e semplice decisione *interna corporis*. In capo al prefetto va affermata la «potestà di annullare le trascrizioni in questione, quale potere compreso certamente, ancorché implicitamente, nelle funzioni di direzione, sostituzione e vigilanza attribuitegli dall’ordinamento nella materia in discussione»²⁸.

21 Punto 3.3., quinto capoverso.

22 Tesi esplicitata al punto 2 della motivazione. Mi permetto di rinviare alla sentenza e di presumere noti gli argomenti, favorevoli alla «non trascrivibilità» del matrimonio omosessuale, seguiti dai giudici d’appello.

23 Punto 3.3., secondo e terzo capoverso, dove il Consiglio di Stato afferma che, senza il potere prefettizio di annullamento gerarchico d’ufficio degli atti illegittimi adottati dal sindaco nella qualità di ufficiale di governo, «resterebbe vanificato» lo scopo della legge (vedremo immediatamente nel testo quali sono le disposizioni di legge a cui il Giudice si riferisce), «agevolmente identificabile nell’attribuzione al Prefetto di tutti i poteri idonei ad assicurare la corretta gestione della funzione in questione, resterebbe vanificato. (...) A ben vedere, infatti, se si negasse al Prefetto la potestà in questione, la sua posizione di sovraordinazione rispetto al Sindaco (allorché agisce come ufficiale di governo), in quanto chiaramente funzionale a garantire l’osservanza delle direttive impartite dal Ministro dell’interno ai Sindaci e, in definitiva, ad impedire disfunzioni o irregolarità nell’amministrazione dei registri di stato civile, rimarrebbe inammissibilmente sprovvista di contenuti adeguati al raggiungimento di quel fine».

24 Disposizione che così recita: «Nelle fattispecie di cui ai commi 1, 3 e 4, nel caso di inerzia del sindaco o del suo delegato (...) il prefetto può intervenire con proprio provvedimento» (il comma 3 prevede che il sindaco, quale ufficiale del Governo, «sovrintende, altresì, alla tenuta dei registri di stato civile»). Della genesi del comma 11, il cui testo originario disponeva «anche» in caso di inerzia, si è accennato sopra, nota 7.

25 A norma dell’art. 54, comma 12 d.l.g. n. 267/2000, «Il Ministro dell’interno può adottare atti di indirizzo per l’esercizio delle funzioni previste dal presente articolo da parte del sindaco».

26 Trattasi del regolamento per la revisione e la semplificazione dell’ordinamento dello stato civile. L’art. 9, al comma 1, prevede che «L’ufficiale dello stato civile è tenuto ad uniformarsi alle istruzioni che vengono impartite dal Ministero dell’interno»; al comma 2, che «La vigilanza sugli uffici dello stato civile spetta al prefetto».

27 Punto 3.5., in apertura.

28 In ogni caso (punto 3.5., secondo e terzo capoverso), ad avviso del Collegio non vi sarebbero ostacoli all’applicazione della norma. Ciò in quanto, a giudizio del Consiglio di Stato, si deve presumere che la disposizione di cui all’art. 21-nonies l. n. 241/1990 abbia una autonoma capacità di disciplina del potere amministrativo. Il che non sarebbe deducibile, se la norma fosse di semplice rinvio, andasse cioè interpretata nel senso che l’annullamento d’ufficio da parte di organo diverso da quello che ha emanato il provvedimento richiede una apposita disposizione legislativa che lo preveda. Perciò la disposizione dovrebbe essere «viceversa, letta ed applicata nel senso che è ammesso l’annullamento d’ufficio di un atto illegittimo da parte di un organo diverso da quello che lo ha emanato in tutte le ipotesi in cui una disposizione legislativa attribuisce al primo una potestà di controllo e, in generale, di sovraordinazione gerarchica che implica univocamente anche l’esercizio di poteri di autotutela».

3. Far *tabula rasa* di uno *status* fuorilegge: chi, se non l'amministrazione?

Questo lavorare sul concetto di *interna corporis* apre, al Consiglio di Stato, la strada verso il traguardo più importante: superare la riserva di giurisdizione che la legge²⁹ istituisce, a favore del giudice ordinario, in materia di cancellazione e rettificazione degli atti di stato civile. La sentenza di appello lo fa con quattro argomenti; meglio si direbbe con l'illustrazione di quattro punti di vista chiarificatori di un solo concetto: l'autonomia dell'amministrazione nel correggere le proprie decisioni.

1) Il primo argomento è la inidoneità del matrimonio omosessuale a costituire o modificare lo stato delle persone. La omogeneità del sesso dei nubendi impedisce *ictu oculi* la formazione di qualsiasi *status* coniugale. Si legge in sentenza che la riserva di giurisdizione ordinaria non impedisce l'esercizio del potere amministrativo, dinanzi ad una trascrizione tanto abnorme da risultare radicalmente inefficace, «quindi, del tutto incapace (...) di assegnare alle persone menzionate nell'atto lo stato giuridico di coniugato». «L'esigenza del controllo giurisdizionale, infatti, si rivela del tutto recessiva (se non inesistente), a fronte di atti inidonei a costituire lo stato delle persone ivi contemplate, dovendosi, quindi, ricercare, per la loro correzione, soluzioni e meccanismi anche diversi dalla verifica giudiziaria»³⁰.

2) Il secondo argomento è la «soggettività» del sistema di tutela giudiziaria contro le erronee trascrizioni nei registri di stato civile. Le procedure di rettificazione di cui all'art. 95 d.p.r. n. 396/2000 sarebbero deputate «(unicamente) alla tutela dei diritti e degli interessi delle persone fisiche contemplate (o pretermesse) nell'atto, e non anche alla protezione di interessi pubblici, tanto che l'art. 95, comma 2, d.P.R. cit., assegna al Procuratore della Repubblica una iniziativa meramente facoltativa (usando appositamente il verbo potere: "Il Procuratore della Repubblica può...promuovere")»³¹.

3) Il terzo argomento deriva dal testo dell'art. 453 c.c., il quale, nel disporre che nessuna annotazione può essere fatta nei registri di stato civile se non per ordine dell'autorità giudiziaria, circoscriverebbe la riserva di giurisdizione alla sola materia delle «annotazioni». Il che non può «ritenersi ostativo all'esercizio dei (diversi) poteri di eliminazione dell'atto [la trascrizione] da parte dell'autorità amministrativa titolare della funzione di tenuta dei registri dello stato civile»³².

4) Il quarto ed ultimo argomento è la maggiore efficienza, per l'interesse pubblico, dell'autotutela gerarchica rispetto alla tutela su ricorso giurisdizionale. Soltanto «gli interventi dei Prefetti in autotutela gerarchica valgono (...) a rimuovere, con garanzie di uniformità su tutto il territorio nazionale, un'apparenza di atto (che, finché resta in vita, appare idoneo a generare incertezze e difficoltà amministrative) e, quindi, in definitiva, ad assicurare la certezza del diritto connessa a questioni relative allo stato delle persone»³³. L'amministrazione, insomma, è l'amministrazione. La tutela dell'interesse generale da essa garantito, dinanzi a vicende di eccezionale disvalore come quella delle trascrizioni dei matrimoni omosessuali, non potrà mai essere surrogata dal «carattere diffuso e indipendente» della giurisdizione ordinaria.

Il lettore avrà preso conoscenza da sé della sentenza dei giudici di Palazzo Spada, che certo non pecca di chiarezza. Di seguito cercherò di passare in rassegna i profili che, a mio avviso, avrebbero potuto essere diversamente valutati, nel corso di questa vicenda.

29 «Nessuna *annotazione* può essere fatta sopra un atto già iscritto nei registri se non è disposta per legge ovvero non è ordinata dall'autorità giudiziaria» (art. 453 c.c.). L'art. 95 d.p.r. n. 396/2000 devolve infatti al tribunale civile il ricorso proposto da chi intenda promuovere «la cancellazione di un atto indebitamente registrato». L'art. 98 abilita l'ufficiale di stato civile ad intervenire sulle trascrizioni da lui effettuate nel solo caso di «errori materiali di scrittura in cui egli sia incorso», specificando (comma 3) che avverso tale correzione può essere proposta opposizione al tribunale civile da parte del procuratore della Repubblica (a cui la correzione va comunicata) o da chiunque vi abbia interesse.

30 Punto 3.6. della motivazione.

31 Loc. ult. cit. «Se la norma fosse stata concepita anche a tutela di un interesse pubblico, infatti, la disposizione sarebbe stata formulata con l'uso del verbo *promuovere* all'indicativo presente, e, cioè, con la previsione della doverosità dell'istanza, quando risulta necessaria a ripristinare la legalità violata (sarebbe stata cioè formulata con l'espressione: "Il Procuratore della Repubblica promuove il procedimento...")».

32 Loc. ult. cit.

33 Punto 3.7.

4. La questione della «trascrivibilità» del matrimonio celebrato all'estero. La possibile incostituzionalità della norma di conflitto (in tema di capacità matrimoniale)

Iniziando dal problema della trascrizione del matrimonio omosessuale celebrato all'estero, è preferibile lasciare subito da parte, senza discuterla, la sentenza della Corte Costituzionale n. 138/2010. Diamo pure per scontato che il matrimonio nell'ordinamento italiano sia una unione eterosessuale e che ciò non contrasti con l'art. 29 Cost.

Problema completamente diverso è quello delle condizioni stabilite dalla legge italiana affinché si possa trascrivere nei registri di stato civile il matrimonio celebrato all'estero, in conformità a leggi di Stati nei quali non esiste un «paradigma eterosessuale».

Ammesso ma non concesso — poiché mi sembrano lecite le più ampie riserve, come dirò tra breve — che l'amministrazione dell'interno abbia competenza ed il giudice amministrativo giurisdizione in materia di rettifica dei registri di stato civile, la questione del diritto alla trascrizione del matrimonio omosessuale andrebbe diversamente impostata.

Per prima cosa, mi pare eccessiva la facilità con la quale il Consiglio di Stato decide di riabilitare la tesi, tradizionale, del matrimonio omosessuale come atto *inesistente*, precisando che se anche l'atto fosse *inidoneo o inefficace*, poco cambierebbe, giacché i ricorrenti non sarebbero comunque titolari di interessi protetti nei confronti dell'amministrazione³⁴. La scelta tra le due opzioni comporta molta, moltissima differenza; ed anzi, la problematica è forse profondamente mutata, dopo la sentenza *Oliari c. Italia*, anche rispetto alla sentenza della Cassazione n. 4184/2012.

Con la sentenza n. 4184/2012, la Corte di Cassazione, al di là di una certa imprecisione concettuale, è addivenuta ad un importante chiarimento. Sforzandosi di far quadrare l'ordinamento interno con gli articoli 8 e 12 CEDU, la Corte ha puntualizzato che il matrimonio omosessuale celebrato all'estero tra cittadini italiani *non è da ritenersi inesistente*, ma semplicemente inidoneo a produrre effetti giuridici *come atto di matrimonio*. Con questo inciso, la Cassazione ha specificato che i matrimoni omosessuali non soltanto non sono inesistenti, ma non sono neppure del tutto inefficaci. Sono inidonei a produrre effetti «quali atti di matrimonio, appunto»³⁵.

Si potranno muovere critiche alla sentenza n. 4184/2012, per l'uso che ha fatto di un concetto ambiguo quale quello di *inidoneità*, in luogo di quello più riconoscibile, di *inefficacia*³⁶. Nella sostanza, però, la Corte non ha impiegato questo vocabolo per puro arbitrio. I cosiddetti matrimoni omosessuali sono unioni diverse dal matrimonio, eppure sono pienamente assoggettate alla tutela di cui all'art. 8 CEDU, che è norma a struttura aperta, capace di offrire una intensità protettiva variabile anche in funzione di tradizioni storiche e culturali dello Stato. Questa natura si riverbera sul tipo di obblighi «negativi» e «positivi», degli Stati che ne sono destinatari³⁷. Se i matrimoni omosessuali non possono essere trascritti *come matrimoni* nei registri italiani di stato civile, ben possono assurgere a fatti giuridici rilevanti ed efficaci ad altri fini per l'ordinamento italiano e persino imporre allo Stato italiano obblighi «negativi» o «positivi» verso le coppie omosessuali. Reputare tali atti *tout court* inefficaci sarebbe stato dunque

34 Punto 2.1, quinto capoverso: «che si tratti di atto radicalmente invalido (cioè nullo) o inesistente (che appare, tuttavia, la classificazione più appropriata, vertendosi in una situazione di un atto mancante di un elemento essenziale della sua stessa giuridica esistenza), il matrimonio omosessuale deve, infatti, intendersi incapace, nel vigente sistema di regole, di costituire tra le parti lo status giuridico proprio delle persone coniugate (con i diritti e gli obblighi connessi) proprio in quanto privo dell'indefettibile condizione della diversità di sesso dei nubendi, che il nostro ordinamento configura quale connotazione ontologica essenziale dell'atto di matrimonio». In dottrina, tutti i principali insegnamenti ritengono che il matrimonio tra persone dello stesso sesso sia inesistente (F. Finocchiaro, *Matrimonio civile*, in *Enciclopedia del diritto*, XXV, Milano, Giuffrè, 1975, 829; A.C. Jemolo, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. Vassalli, Torino, UTET, 1957, 49; per il diritto canonico, P.A. D'Avack, *Identità di sesso ed ermafroditismo*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, 965).

35 Punto 4.3. della motivazione, in ultimo, subito prima del dispositivo.

36 V. però, per un punto di vista più obbiettivo e sostanzialmente analogo a quello qui assunto, B. Pezzini, *Un paradigma incrinato: la faticosa rielaborazione di categorie concettuali tra le sentenze della Corte Costituzionale 138/2010 e della Corte di Cassazione 4184/2012*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 15 ss.

37 In dottrina si veda, ad esempio, F. Salerno, *Tutela internazionale e limiti del diritto all'autodeterminazione per il potenziamento biotecnologico della propria persona*, in *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, D. Provolo, S. Riondato, F. Yenisey (a cura di), Padova, Padova university press, 2014, 459 ss., 464.

inesatto; e questa è verosimilmente la *ratio* che può intravedersi dietro le conclusioni della Corte di Cassazione³⁸.

Esistono d'altronde casi giurisprudenziali che permettono di saggiare concretamente quanto appena osservato. Si ponga mente alla controversia sorta dal diniego dell'ufficiale di stato civile di trascrivere l'atto di nascita del figlio generato a seguito di fecondazione eterologa da una donna coniugata in Spagna con un'altra donna. La Corte d'Appello di Torino³⁹ ha riconosciuto che questo atto fosse trascrivibile e che pertanto il rifiuto del sindaco fosse illegittimo, anche e proprio in forza dei principi costituzionali ed europei (art. 8 CEDU). Lo ha fatto, la Corte d'Appello, senza avvertire l'esigenza di prendere, perciò soltanto, posizione anche in merito alla «trascrivibilità» del matrimonio omosessuale entro il quale il minore aveva maturato lo *status* di figlio.

Dirò tra breve della contraddizione, alla luce degli articoli 8, 12 e 14 CEDU, del fatto che un matrimonio non trascrivibile in Italia, perché omosessuale, provochi la nascita di uno *status* di filiazione invece trascrivibile, in forza della tutela che la coppia riceve a prescindere dalla sua natura «non matrimoniale». Esporrò anche le cause di questa situazione (incostituzionalità della norma di conflitto). Per ora, l'importante è sottolineare che un qualche effetto, il matrimonio omosessuale, lo produce. Si può aggiungere Corte d'Appello di Milano, 16 ottobre 2015, che ha ordinato la trascrizione nei registri di stato civile della sentenza del giudice spagnolo che aveva dichiarato l'adozione di una minore da parte di una coppia omosessuale, anche qui riconoscendo che non è trascrivibile il matrimonio omosessuale contratto all'estero tra quelle due stesse persone.

Altro esempio è quello del matrimonio poligamico contratto all'estero (di per sé trascrivibile, se è solo «potenzialmente» poligamico⁴⁰), quando diventa «attualmente» poligamico, ossia nel caso di seconde nozze celebrate all'estero dal bigamo in conformità alla *lex loci*, ma non in conformità alla norma nazionale italiana (art. 115 e art. 86 c.c.), che annovera la libertà di stato tra le condizioni necessarie per contrarre matrimonio anche all'estero. Se la legge italiana sulla capacità matrimoniale, applicabile in forza dell'art. 27 l. n. 218/1995, non conosce altro che l'incontro tra «marito» e «moglie», è gioco forza desumerne che essa non ammetta neanche il sodalizio eterosessuale tra marito e *mogli*. Eppure anche simili unioni, benché non trascrivibili, possono dar luogo a formazioni sociali non del tutto prive di tutela. Da tempo la giurisprudenza ritiene illegittima, ad esempio, l'espulsione del soggetto che, coniuge del bigamo, si rivela carente delle condizioni per contrarre matrimonio, quindi anche per il soggiorno sul territorio italiano, fintanto che il matrimonio non è dichiarato nullo da un pronunciamento dell'autorità giudiziaria⁴¹. Anche in tal caso dunque si verifica la circostanza per cui un matrimonio non trascrivibile, perché nullo o inefficace, produce effetti, sia pure a certi fini o per limitati periodi di tempo, nell'ordinamento interno.

Tutto questo per sottolineare la grave inesattezza in cui cade il Consiglio di Stato, quando ritiene che dalla inesistenza o inefficacia di un matrimonio non trascrivibile, quale è in ipotesi quello omosessuale, si desuma la inesistenza di situazioni soggettive protette nei confronti della pubblica amministrazione, quindi la potestà del prefetto e del ministro di intervenire, senza incontrare alcun ostacolo, per cancellare la condizione coniugale illegittimamente certificata dal sindaco.

La giurisprudenza della Corte EDU, nella sentenza *Schalk e Kopf c. Austria* e ancor più segnatamente nella pronuncia *Oliari c. Italia*, ha chiarito la portata dell'art. 8 CEDU. La norma convenzionale lascia lo Stato libero di osservare le proprie tradizioni e di non chiamare «matrimonio» l'unione omosessuale. È però da dimostrare che sia conforme all'art. 8 CEDU una legge che autorizza il governo ad intervenire

38 Esattamente osserva B. Pezzini, *op. cit.*, 17, che «l'inidoneità riguarda l'atto considerato come tale nella specificità della sua tipologia, lasciando aperta la possibilità che gli effetti che come matrimonio non può produrre siano "recuperati" dall'ordinamento per altra via: attraverso l'applicazione alla coppia omosessuale coniugata all'estero dello stesso trattamento riconosciuto dall'ordinamento italiano alle coppie eterosessuali coniugate, per riconosciuta "omogeneità" delle loro condizioni ai fini della possibilità di vivere liberamente la vita di coppia».

39 Decreto 29 ottobre 2014, in *Questione giustizia*, www.questionegiustizia.it

40 Giurisprudenza da tempo pacifica. In dottrina, C. Campiglio, *Matrimonio poligamico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'occidente europeo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1999, 853 ss., 855; B. Nascimbene, *Matrimonio all'estero, dichiarazione giudiziale di paternità naturale e ordine pubblico*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1999, 773 ss., 776; più di recente, G. Ferrando, *Il matrimonio civile*, in *Famiglia e matrimonio*, a cura di T. Auletta, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, vol. IV, Torino, UTET, 2010, 245 ss.

41 Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenza del 13 aprile 2001, n. 5537, in *Giustizia civile*, 2001, 2379 ss. E' di particolare interesse il punto della sentenza nel quale la Cassazione rimprovera al tribunale civile, investito del giudizio di convalida dell'espulsione, di aver deciso senza efficacia di giudicato una questione di stato, contravvenendo al principio per cui le questioni di stato non possono formare oggetto, a sensi dell'art. 34 c.p.c., di accertamenti incidentali «atteso il loro carattere di assolutezza e la loro efficacia *erga omnes* (Cass. n. 2220 del 1980, sez. un. n. 1615 del 1969)».

in via amministrativa allo scopo eliminare, dai registri dello stato civile, atti, quindi *status*, formati all'estero secondo norme di ordinamenti che, al contrario del nostro, non hanno effettuato la stessa scelta, riconoscendo cioè, nella parola matrimonio (o altra quale che sia), l'espressione una capacità che non mette radici nella diversità di genere tra le persone che formano la coppia. A tutto voler concedere al ragionamento del Consiglio di Stato, il potere di annullamento gerarchico esercitato dal prefetto sarebbe legalmente riconoscibile in quanto concepito allo scopo di assicurare una sorta di difesa estrema alla norma (art. 27 l. n. 218/1995) che dichiara la legge nazionale dei nubendi, quindi la legge italiana, nel caso di cittadini italiani, applicabile in materia di «capacità matrimoniale» e di «condizioni per contrarre matrimonio». In questo modo il matrimonio celebrato all'estero tra cittadini italiani determina uno *status* che non solo non è conforme al diritto interno, ma non è neppure assistito dalle garanzie della «libera circolazione».

Tocchiamo così una seconda problematica, che il Consiglio di Stato avrebbe potuto, anzi, dovuto sviluppare (una volta trattenuta la propria giurisdizione).

Sta qui il profondo mutamento al quale alludevo poco fa. Ragionando di nuovo sul principio affermato dalla Corte di Cassazione nella sentenza 4184/2012, si può anche ritenere che, ad ostacolare la trascrizione nei registri di stato civile del matrimonio omosessuale celebrato all'estero, non siano tanto i principi generali del sistema matrimoniale italiano (intendo dire il paradigma eterosessuale e quant'altro gli si può connettere), ma il principio di tipicità degli atti trascrivibili nei registri dello stato civile⁴², che autorizza l'ufficiale di stato civile a trascrivere solo il matrimonio tra marito e moglie. Principio di tipicità che discende, a sua volta, dalla scelta del legislatore italiano di prevedere senza alcuna eccezione che, mentre il matrimonio è valido, «quanto alla forma», se è considerato tale alla stregua di una pluralità di criteri di collegamento, alternativi, tra cui anche la sola *lex loci* (art. 28 l. n. 218/1995), la capacità matrimoniale e le altre condizioni per contrarre matrimonio restano in ogni caso regolate dalla legge nazionale di ciascun nubendo, che per i cittadini italiani è quella italiana, fermo restando il limite dell'ordine pubblico stabilito dall'art. 18 l. n. 218/1995. L'opzione appena descritta mette radici nel fatto che trattasi di «capacità», per la quale al tempo del codice civile si credeva che non esistessero regole di diritto internazionale.

Se non vado errato, è proprio su questo terreno che vanno colte le ricadute delle sentenze *Schalk e Kopf c. Austria* e *Oliari c. Italia*, le quali hanno chiaramente affermato che la regola, invece, esiste. La teoria del «margine di apprezzamento» riguarda il *quomodo* della disciplina di riconoscimento delle unioni secondo la legge nazionale, non il riconoscimento della capacità di instaurare la relazione, che deve considerarsi già estesa alle coppie omosessuali in tutti gli Stati europei, per effetto degli articoli 8 e 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Riepilogando, quindi, che il concetto di matrimonio omosessuale sia sconosciuto *alla legge italiana*, dipende dalla «millenaria tradizione giuridica e culturale dell'istituto». Che in Italia l'unione omosessuale possa continuare ad essere disconosciuta come *matrimonio*, è pure ammesso, per via del margine di apprezzamento lasciato agli Stati (dove anche l'impossibilità di trascrizione di un «matrimonio omosessuale»). Ma che il matrimonio omosessuale celebrato all'estero, il quale è invece perfettamente concepibile nell'ordine internazionale, quindi anche nell'ordinamento interno, come atto formato all'estero secondo la *lex loci*, non sia trascrivibile in Italia, deriva semplicemente da una particolare norma di conflitto, vale a dire da una scelta della legge italiana di riforma del sistema di diritto internazionale privato: per la precisione, dalla «lettura combinata» degli art. 27 l. n. 218/1995 e 115 c.c. (fatta propria del Consiglio di Stato⁴³). È per questo che la diversità di sesso dei nubendi, condizione essenziale ad aversi matrimonio secondo la legge italiana, *osta anche alla trascrizione del matrimonio omosessuale celebrato all'estero*. Non si estende, al matrimonio, il regime di riconoscimento dei provvedimenti stranieri stabilito dall'art. 65 l. n. 218/1995⁴⁴, ove la trascrizione è senz'altro autorizzata, purché non contraria all'ordine pubblico.

A questo punto però è lecito domandarsi, partendo dal riconoscimento, fatto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che in forza dell'art. 8 CEDU le coppie omosessuali hanno «la stessa capacità delle coppie eterosessuali di instaurare relazioni stabili», e che si trovano «in una situazione significativamente simile a una coppia eterosessuale per quanto riguarda l'esigenza di riconoscimento giuridico e di

42 Da sempre ravvisato come asse portante del sistema; v. tra i tanti Autori, e per tutti, L. Ferri, *Degli atti dello stato civile*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1973, 47 ss.

43 Punto 2.1, secondo e terzo capoverso.

44 «Hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità quando essi sono stati pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato, anche se pronunciati da autorità di altro Stato, purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa»

tutela della loro relazione», se e fino a che punto possa «reggere» la norma interna che dichiara applicabile, alla capacità matrimoniale, sempre e solo la legge nazionale dei nubendi. A carico delle coppie omosessuali italiane, che pure hanno quella capacità matrimoniale «europea» e che non possono essere discriminate in ragione del luogo in cui essa viene esercitata (art. 14 CEDU), la norma di conflitto — data dalla «lettura combinata» degli articoli 27 e 28 l. n. 218/1995 e 115 c.c. (per stare ancora alla ricostruzione del Consiglio di Stato) — provoca una disparità di trattamento che potrebbe portare al promovimento di una nuova questione di costituzionalità. Ed infatti, le cittadine ed i cittadini italiani risultano collocati in una posizione deteriore, sia rispetto alle coppie eterosessuali italiane, che hanno tutto il diritto di sposarsi all'estero e di trascrivere poi il matrimonio in Italia (la coppia eterosessuale, qui, ben può rappresentare un *tertium comparationis*⁴⁵), sia rispetto alle coppie omosessuali straniere, che pure possono, se sposate all'estero secondo la *lex loci*, ottenere in Italia la trascrizione dell'atto di matrimonio nei registri dello stato civile (con il solo limite della non contrarietà all'ordine pubblico)⁴⁶.

Senza dire della irrazionalità, rispetto alla tutela del diritto alla «vita familiare» di cui all'art. 8 CEDU, di un sistema giuridico che arriva al paradosso di *creare le condizioni di una scissione interna della stessa famiglia*, nella quale può accadere che non sia permessa la trascrizione del matrimonio proprio a quei due coniugi omosessuali che hanno ottenuto la trascrizione, nei registri di stato civile, degli atti di filiazione e/o di adozione dei loro figli.

Esattamente la Corte di Cassazione, nella sentenza n. 4184/2012, ha colto il forte impatto della sentenza *Schalk e Kopf c. Austria*. La Corte europea dei diritti dell'uomo — ha osservato il Supremo Collegio — con un vero e proprio *Overruling*⁴⁷ ha riconosciuto, sulla base del combinato disposto tra l'art. 12 CEDU e l'art. 9 della Carta di Nizza, che il diritto al matrimonio di cui all'art. 12 CEDU (anche alla luce degli articoli 8 e 14) include anche il matrimonio tra persone dello stesso sesso. La Cassazione si è, in quella occasione, anche rappresentata la possibilità di sollevare la questione di legittimità costituzionale per contrasto con le norme CEDU «interposte», quindi per violazione dell'art. 117 comma 1 Cost. Non lo ha fatto, la Corte, sviluppando una interpretazione che essa ha ritenuto conforme a Costituzione⁴⁸, nella quale ha giocato un ruolo decisivo il diritto delle coppie omosessuali di attivare, ove lo richiedano specifiche situazioni — anche attraverso il controllo costituzionale di ragionevolezza —, i medesimi strumenti di tutela concessi alle coppie eterosessuali, come per la famiglia *more uxorio* (nei termini stabiliti dalla Corte Costituzionale, sentenza n. 138/2010). Fissati questi limiti, che in parte certamente pongono al riparo la coppia omosessuale da una condizione di totale discriminazione, la Corte ha concluso per la conformità a Costituzione della norma di conflitto (art. 27 l. n. 218/1995 e art. 115 c.c.) che impedisce la trascrizione del matrimonio omosessuale, con la precisazione, già ricordata, che si tratta di mera «inidoneità» a produrre effetti giuridici. Credo che qui il ragionamento della Cassazione abbia assunto una piega non condivisibile. Ferma restando, infatti, la protezione di cui la coppia omosessuale beneficia come «formazione sociale» (art. 2 Cost.), meglio avrebbe fatto la Corte a lasciare al centro del proprio ragionamento il fatto da cui originava la controversia, cioè l'impedimento alla trascrizione del matrimonio omosessuale contratto all'estero. Impedimento che, giuridicamente, non sembra poter essere messo in relazione, come se fosse «ricompensato», dalla estensione alla coppia omosessuale della tutela sperimentata per la famiglia *more uxorio*.

Maggiormente consequenziale sarebbe stato che la Cassazione, dopo aver inquadrato la norma di conflitto e dopo aver constatato che il matrimonio omosessuale celebrato all'estero è inidoneo a produrre effetti in Italia «come matrimonio», avesse sollevato la questione di legittimità costituzionale degli articoli 27 e 28 l. n. 218/1995 e 115 c.c., nella parte in cui non permettono, in contrasto con gli articoli 8, 12 e 14 CEDU, dunque in violazione dell'art. 117 comma 1 Cost., che il matrimonio contratto all'estero da una coppia omosessuale possa produrre effetti, anche in Italia, «come matrimonio» ed essere trascritto nei registri di stato civile.

45 Poiché qui non si tratta più della diversità di sesso come requisito del matrimonio celebrato secondo il diritto italiano — per intenderci, quelle già sottoposte alla Corte Costituzionale nel caso deciso con la sentenza n. 138/2010 — ma della diversità di sesso come requisito imposto al matrimonio celebrato secondo leggi diverse da quella italiana.

46 J. Long, *Le fonti di origine extranazionale*, in *Trattato del diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, vol. I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello, Milano, Giuffrè, 2011, 188. In giurisprudenza, Corte d'Appello Napoli, decreto 13 maggio 2015, in *Articolo29*, www.articolo29.it, che ha ordinato all'ufficiale di stato civile la trascrizione di un matrimonio contratto in Francia tra due cittadine francesi.

47 Punto 3.3.4 della motivazione.

48 Punto 4.2. della motivazione.

La sentenza *Oliari c. Italia*, sopravvenuta alla sentenza della Cassazione n. 4184/2012, ha ribadito che «le coppie omosessuali hanno la stessa capacità delle coppie eterosessuali»⁴⁹; ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 CEDU, ma ha anche ribadito (giudicando «manifestamente infondate» le doglianze degli interessati rispetto agli articoli 12 e 14) che la Convenzione non impone agli Stati di disciplinare le unioni omosessuali consentendo il loro accesso al matrimonio. Nella sentenza del Consiglio di Stato però non si discuteva del diritto delle coppie omosessuali a contrarre matrimonio secondo il diritto interno, ma della trascrizione, ossia del diritto delle coppie omosessuali a contrarre matrimonio secondo il diritto *internazionale*. Un intero capo della pronuncia dei giudici di Palazzo Spada, individuata la norma di conflitto in materia di capacità matrimoniale, e la impossibilità di procedere a trascrizione nei registri di stato civile, è dedicato a verificare se, per caso, non porti ad una diversa conclusione «un'operazione ermeneutica imposta dal rispetto di principi costituzionali o enunciati in convenzioni internazionali»⁵⁰. Questa parte è però deludente, poiché il Consiglio continua a ragionare non sui parametri della norma di conflitto, come invece dovrebbe, ma sui parametri della legge applicabile secondo la norma di conflitto, per comprendere se esista un ipotetico «diritto (di genesi nazionale o sopranazionale) al matrimonio omosessuale»⁵¹, che ovviamente non esiste, né nel diritto interno, né nel diritto europeo.

In conclusione, mi pare che oggi più di prima, dopo la sentenza *Oliari*, qualsiasi giudice italiano, nel rendere la propria pronuncia sulla «trascrivibilità» del matrimonio omosessuale, non possa rinunciare a porsi il problema della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale degli articoli 27 e 28 l. n. 218/1995. Anche il Consiglio di Stato, non meno ed anzi, forse più della Cassazione, avrebbe dovuto considerarlo.

Ci si può chiedere però se esistesse davvero, in capo al giudice amministrativo, la potestà di giudicare del *diritto a trascrizione* del matrimonio omosessuale celebrato all'estero.

5. L'inevitabile scivolamento della controversia sulla «trascrivibilità» tra le questioni relative allo stato delle persone, su cui non c'è giurisdizione amministrativa

L'art. 8, comma 2 c.p.a.⁵² prevede che restino riservate all'autorità giudiziaria ordinaria le questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità delle persone.

Nella locuzione «questioni concernenti lo stato e la capacità delle persone» sembrano da comprendere tanto le controversie cadenti sullo *status* (in senso stretto), quanto le pregiudiziali di rettificazione relative agli atti dello stato civile (art. 95 d.p.r. 396/2000). Giudizio di stato e giudizio di rettificazione, come è noto, non possono esser confusi, se non, appunto, per il fatto che entrambi si collocano al di fuori del perimetro della giurisdizione amministrativa.

Almeno in un altro caso, proprio il Consiglio di Stato, decidendo su un ricorso col quale si impugnava la decisione di un comune ligure di annullare d'ufficio atti di stato civile, aveva seguito tale interpretazione, confermando la pronuncia di primo grado che aveva declinato la propria giurisdizione. In tale frangente, i giudici di palazzo Spada avevano ritenuto, in applicazione del criterio di riparto della giurisdizione basato sulla *causa petendi*, che nonostante il ricorso avanzasse la richiesta di annullamento del provvedimento impugnato, l'oggetto della pretesa azionata non fosse da ravvisarsi nella illegittimità del provvedimento medesimo, bensì nella conservazione dello *status* della ricorrente, quale risultava dai registri dello stato civile⁵³. Pretesa che riguardava un diritto soggettivo e doveva pertanto essere proposta dinanzi al giudice ordinario.

49 Paragrafo 168.

50 Punto 2.3 della motivazione.

51 Punto 2.7.

52 Che al comma 1 riconosce in capo al giudice amministrativo, nelle materie in cui non ha giurisdizione esclusiva, il potere di conoscere senza efficacia di giudicato di tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale.

53 Consiglio di Stato, V, sentenza del 14 settembre 2005, n. 4749. Nella giurisprudenza amministrativa di primo grado relativa alla «nostra» vicenda, l'eccezione di difetto di giurisdizione fondata sull'art. 8 c.p.a. risulta sollevata soltanto dinanzi al Tribunale amministrativo regionale Friuli Venezia Giulia, il quale l'ha respinta ritenendo che oggetto del ricorso non fosse «lo status della ricorrente, ma un atto amministrativo prefettizio».

Che la questione sulla validità delle trascrizioni del matrimonio omosessuale nei registri di stato civile dia luogo ad una questione «concernente lo stato e la capacità delle persone»; che essa non possa, pertanto, essere giudicata da autorità giudiziarie che non siano il tribunale civile, sembra piuttosto evidente. In primo luogo, la locuzione adottata dal codice del processo amministrativo, contemplando questioni «concernenti lo stato» è più ampia di quella riferibile alle sole «questioni di stato» ed è quindi tale da includere anche le controversie che riguardano la validità della trascrizione, ossia appunto le azioni di rettificazione di cui all'art. 95 d.p.r. n. 396/2000. In secondo luogo si deve ricordare che le procedure di rettificazione degli atti di stato civile, pur dovendosi distinguere dalle vere e proprie questioni di stato, danno luogo a giudizi contenziosi e non sono assimilabili, come invece un tempo si era soliti ritenere, ai procedimenti di c.d. volontaria giurisdizione. L'osservazione vale segnatamente nel caso che ci occupa, previsto dall'art. 95 d.p.r. 396/2000, di ricorso volto alla cancellazione di un atto indebitamente registrato (che ha naturale vocazione contenziosa). Anche le questioni sulla validità della trascrizione, dunque, al pari delle autentiche questioni di stato, non dovrebbero poter formare oggetto di accertamenti incidentali, né in sede giurisdizionale civile, né — tanto meno — in sede giurisdizionale amministrativa.

Non è d'altronde così sicuro che i provvedimenti prefettizi di annullamento delle trascrizioni avessero finalità di «rettifica» degli atti di stato civile; ed ancor meno che le controversie insorte dinanzi alla giustizia amministrativa concretizzassero azioni di rettifica. Vero è che la sostanza della posizione assunta del ministro dell'interno, nella circolare del 7 ottobre 2014, era quella di voler correggere, per mano dei prefetti, risultanze dei registri non conformi all'ordinamento di stato civile; e fin qui si può affermare che la circolare mirasse, in ultima analisi, a surrogare una pronuncia giudiziale di cancellazione di un atto indebitamente trascritto.

Vero è anche, tuttavia, che per arrivare a tale risultato la circolare ministeriale negava lo *status* di coniuge, implicava un accertamento svolto direttamente in sede amministrativa circa la inefficacia del matrimonio omosessuale in quanto tale, prevedendone solo, di conseguenza, la cancellazione materiale dai registri di stato civile ad opera del prefetto. E come insegna la dottrina, altro è il caso in cui la procedura di rettificazione dei registri di stato civile sia attivata in assenza di una retrostante controversia, altro è il caso in cui la rettificazione nasca da una controversia: nel qual caso è pressoché certo che la questione si debba classificare come questione di stato (Ferri) o, perlomeno, che dalla questione di rettificazione nasca una pregiudiziale di stato (Cicu, Attardi).

Il Consiglio di Stato, pertanto, una volta configurato l'accertamento sul regime giuridico del matrimonio omosessuale come pregiudiziale a quella sulla legittimità della trascrizione operata da sindaco e, per questa via, anche a quella sulla validità dell'annullamento della trascrizione disposto dal prefetto, avrebbe dovuto, anziché scendere nel merito della «trascrivibilità», sospendere il processo in attesa della definizione del giudizio civile di *status*.

È sempre complicato, ovviamente, ricostruire la scacchiera dei ricorsi principali e delle impugnazioni incidentali, delle domande, delle eccezioni, di altre vicende processuali da cui può dipendere l'obbligo di pronuncia del giudice amministrativo: vale sempre l'osservazione della dipendenza del «pronunciato» dal «chiesto», e da una domanda posta in modo equivoco non ci si può mai attendere una sentenza cristallina sui concetti o principi generali del diritto (beninteso, non sostengo che sia questo il caso, è una delle tante possibilità).

Credo però di poter concludere che chiunque, giudice o parti, nei processi che abbiamo fin qui analizzato, di primo o di secondo grado, abbia ipotizzato il collegamento tra invalidità del provvedimento di annullamento delle trascrizioni ed esistenza di un «diritto a trascrizione», abbia per ciò soltanto, oggettivamente e comunque, posto una questione «relativa allo stato delle persone», coperta dalla clausola di riserva di giurisdizione di cui all'art. 8 c.p.a.

6. Il radicamento della giurisdizione amministrativa nella sola controversia sull'attribuzione, regolata dalle norme sulla tenuta dei registri di stato civile

Ciò che tuttavia resta più difficile da vedere, nei processi che compongono il quadro giurisprudenziale fin qui esaminato, sono i caratteri stessi della pregiudizialità della questione di *status* rispetto a quella sulla validità del potere statale, contro il quale i ricorsi erano stati proposti.

Era proprio necessario, per il giudice amministrativo, statuire sul «diritto a trascrizione», per decidere sulla legittimità dell'atto di annullamento adottato dal prefetto?

Questa è naturalmente una domanda che andrebbe rivolta ai ricorrenti, prima ancora che al giudice. Senza dubbio un provvedimento amministrativo il cui effetto è la eliminazione di un altro provvedimento costitutivo di un diritto è tanto più gravemente invalido, quanto più la posizione soggettiva nascente dall'atto annullato è, in senso lato, «resistente».

Non vale però il contrario (al di là del problema di riparto della giurisdizione, che diventa inevitabile quando si afferma la natura «incomprimibile» di un diritto). Quando una situazione soggettiva deriva da un atto favorevole della pubblica amministrazione, la sua debole consistenza o persino la sua inesistenza, causata (per usare le parole del Consiglio di Stato) da una mera «apparenza di atto» favorevole, non è sufficiente ad organizzare la sua eliminazione dal mondo del diritto. L'atto favorevole resta un mero fatto; la sua invalidità, una mera qualificazione, per di più del tutto soggettiva (cosa significa e chi può dire quando si verifica una «apparenza di atto»?) *finché non è chiaro a chi la legge attribuisce il potere di annullamento d'ufficio*.

Mancando questa fondamentale condizione, non vi è potere giuridico di autotutela in capo a chicchessia. Sia pure necessario per ovviare ad indesiderabili conseguenze, il potere di annullamento *giuridicamente* non c'è: non in capo all'organo che ha emanato l'atto, né in capo ad altro ufficio della pubblica amministrazione, *incluso il superiore gerarchico*.

La riposta del Consiglio di Stato sta invece proprio tutta qui: nel concetto di «supremazia gerarchica», di «sovraordinazione», tra ministro dell'interno, prefetto e sindaco, funzionale «ad impedire disfunzioni o irregolarità nell'amministrazione dei registri di stato civile». Il fatto che le funzioni del sindaco come ufficiale di governo siano richiamate dall'art. 54 d.lg. n. 267/2000 significa, per il Consiglio di Stato, che esse finiscono di essere regolate da ordinamenti distinguibili. Si tratta di un «modello organizzativo»⁵⁴ caratterizzato dalla «soggezione» dell'ufficiale di stato civile al potere dell'organo superiore. Proprio come nell'ordinamento della pubblica sicurezza, il potere di annullamento si giustifica da sé: *interna corporis*, appunto. Per ciò la questione del diritto delle coppie omosessuali alla trascrizione del matrimonio sui registri di stato civile ha potuto assumere un ruolo così centrale: è soltanto l'eventuale (ma inesistente) «diritto a trascrizione» che, dal punto di vista del Consiglio di Stato, potrebbe rendere illegittimo un potere gerarchico che, per il resto, non soffre censure, è *in re ipsa* rispetto alla struttura verticale dell'ordinamento.

Da tempo la dottrina ha chiarito che anche nella organizzazione gerarchica della pubblica amministrazione non si ravvisano vincoli di subordinazione in senso proprio. La tesi di Amorth⁵⁵ è forse ancora oggi la più schematica, lucida e convincente, non fosse altro perché segna un punto di svolta nella concezione dei rapporti interorganici di disparità. Amorth distingue anzitutto il concetto giuridico dal concetto «politico» di gerarchia, che tende a coincidere con quello di mero «accentramento» delle competenze (il giudizio del Consiglio di Stato, e non solo, sulla legittimità della «circolare Alfano» non è privo di addentellati a questa nozione). Ma occorre altresì distinguere, entro il concetto giuridico di gerarchia, la nozione di «rapporto gerarchico», che è un rapporto di soggezione personale al comando altrui, dalla nozione di «ordinamento gerarchico», che è pur sempre un ordinamento di competenze, e dove solo in senso improprio si può affermare che un organo è sott'ordinato ad un altro organo: come ad esempio si direbbe che l'amministrazione, in quanto tenuta ad eseguire il giudicato, è sott'ordinata al tribunale che ha emesso la sentenza. Si potrà allora parlare di ordinamento gerarchico, ma non di supremazia speciale, o personale. L'esistenza di un potere di annullamento gerarchico — ecco il contributo fondamentale tramandato da questa dottrina — si può anche ricavare (persino con una certa «larghezza», aggiunge Amorth⁵⁶), per interpretazione della legge, ma resta una questione di stretto diritto positivo.

L'importante è che l'interprete possa osservare le norme senza lo schermo protettivo degli *interna corporis*, libero dal dogma degli ordinamenti «interni», che sollecitano un bilanciamento costante tra legalità e supremazia speciale: «Non correttamente dunque si afferma che al superiore gerarchico spetta sempre *ex se* il potere di annullamento o il potere di risolvere i conflitti interni di competenza; attributiva di tali poteri è solo la norma che stabilisce un ordinamento gerarchico di competenze, sia poi l'esercizio di un certo potere espressamente contemplato, o lo si deduca per via d'interpretazione, o dalla particolarità dell'ordinamento gerarchico (ordinamento gerarchico di controllo, di competenza concorrente, ecc.), o dai principi generali della distribuzione di competenze. (...) a noi pare che un'esatta applicazione di tali principi alla risoluzione di questioni singole, intorno all'ammissibilità o meno di certi poteri di un ufficio nei confronti di un altro, possa semplificare il compito dell'interprete, non più preoccupato di conciliare i principi della competenza con quelli della gerarchia (rapporto gerarchico),

54 Punto 3.2. della motivazione.

55 A. Amorth, *La nozione di gerarchia*, Milano, Vita e Pensiero, 1936,

56 Op. cit., 63.

e di assicurare maggiormente la stretta aderenza della fattispecie alla legge»⁵⁷. Trascrivibile o meno che fosse il matrimonio omosessuale, nei registri di stato civile, il problema non era capire se i ricorrenti avessero un interesse giuridicamente protetto a tale operazione, ma di acclarare se il prefetto, su ordine del ministro dell'interno, potesse, con un proprio provvedimento, annullare le trascrizioni già eseguite.

Che la trascrizione dei matrimoni omosessuali nei registri di stato civile desse luogo ad atti nulli, inesistenti, «apparenti», poiché inesistente era il «diritto alla trascrizione», non aveva il minimo rilievo. Come si usa dire, delle due l'una: o il potere del prefetto esisteva ed allora avrebbe potuto sorgere sì la questione summenzionata, la quale però, in quanto questione pregiudiziale relativa allo stato delle persone, avrebbe dovuto subito essere riconosciuta come riservata al giudice ordinario in forza dell'art. 8 comma 2 c.p.a.; oppure il potere del prefetto non esisteva e la questione del «diritto a trascrizione» sarebbe stata da considerare, in radice, irrilevante.

Con ogni evidenza, nell'un caso come nell'altro, la questione relativa alla «trascrivibilità» del matrimonio omosessuale non avrebbe potuto trovare accesso alla giurisdizione amministrativa. Per decidere la controversia, avrebbero dovuto applicarsi le sole norme sulla competenza degli organi secondo l'ordinamento dello stato civile (d.p.r. n. 396/2000).

7. Argomenti a favore della nullità della «circolare Alfano» e dei provvedimenti prefettizi applicativi per difetto assoluto di attribuzione (art. 21-septies l. n. 241/1990)

La giurisdizione amministrativa restava dunque giustificata dalla domanda di accertamento della nullità (e solo in subordine, di annullamento) della circolare del ministro dell'interno e del decreto prefettizio di cancellazione delle trascrizioni.

Come abbiamo visto, l'azione andava decisa indipendentemente da due elementi: la questione di efficacia del matrimonio omosessuale contratto all'estero e la presupposizione della gerarchia come principio di supremazia del prefetto sul sindaco.

Questa ultima puntualizzazione, se la si condivide, rende già precario il fondamento di due dei quattro argomenti utilizzati dal Consiglio di Stato (elencati sopra, paragrafo 3); per la precisione, il primo e il quarto, accomunati dalla intenzione dei giudici di Palazzo Spada di affermare il carattere recessivo o inesistente della tutela giurisdizionale di fronte alla maggior capacità della pubblica amministrazione di eliminare *status* non conformi all'ordinamento.

Ciò chiarito, concludiamo venendo al nocciolo della questione: esiste, secondo la legge, un potere del prefetto di annullare d'ufficio la trascrizione di un atto nei registri dello stato civile, una volta che questa sia stata effettuata dal sindaco?

Il Consiglio di Stato, come il TAR Lazio, è ben consapevole della *inesistenza* di una disposizione di legge che espressamente contempra un potere del prefetto di annullare d'ufficio le trascrizioni già eseguite dagli ufficiali dello stato civile. Solo che, a differenza del TAR Lazio, ritiene che quel potere sia implicito in altre disposizioni; le quali senza dubbio — conviene chiarirlo — testimoniano una organizzazione propriamente gerarchica delle competenze sulla tenuta dei registri di stato civile (art. 54 comma 11 d.lg. n. 267/2000, art. 9 d.p.r. n. 396/2000).

La debolezza dell'iter motivazionale del Consiglio di Stato non sta in questo: nell'aver dato conto, cioè, di una possibilità d'interpretazione sistematica o «teleologica» delle norme sulla competenza del prefetto e del sindaco. Non vi è nulla di peregrino nell'affermare che, in mancanza di base normativa esplicita, il potere di un determinato ufficio possa essere dedotto per via di interpretazione dalla legge, anche se quest'ultima non ne organizza il procedimento con apposite previsioni, e ciò non può non valere anche per il potere di annullamento gerarchico.

A rendere non condivisibile la soluzione adottata dal Consiglio di Stato, è il fatto che l'art. 54 d.lg. n. 267/2000 e l'art. 9 d.p.r. 396/2000 contengono formule organizzative che si prestano a tradursi in plurime relazioni gerarchiche. E che quello dello stato civile sia un ordinamento gerarchico «a competenza concorrente», è forse l'unica conclusione espressamente non consentita dalla legge. Direzione, sostituzione e vigilanza, sono sicuramente caratteri della relazione organizzativa tra prefetto, ministro e sindaco, ma recedono del tutto nel caso specifico della rettificazione di atti dello stato civile già trascritti. Lo dimostra non tanto l'art. 453 c.c. (ove si parla di «annotazioni», in modo da escludere che il prefetto possa far «annotare» il proprio decreto), quanto l'art. 12 comma 6 d.p.r. n. 396/2000, che pre-

57 Op. e loc. ult. cit.

vede che successivamente alla firma dell'ufficiale di stato civile gli atti trascritti si considerino chiusi e «non possono subire variazioni» (vale a dire, né annotazioni, né tanto meno cancellazioni)⁵⁸; e l'art. 95 d.p.r. n. 396/2000, a norma del quale chi intende promuovere la cancellazione di un atto indebitamente registrato *deve* (non ci sono alternative) proporre ricorso al tribunale nel cui circondario si trova l'ufficio dello stato civile presso il quale è registrato l'atto di cui si tratta. L'art. 95 è chiaro nello stabilire che contro la trascrizione di un atto già effettuata nei registri di stato civile *non è ammesso ricorso gerarchico*; e non si vede, di conseguenza, come poter costruire la figura, speculare, dell'*annullamento gerarchico*. La legge lascia intendere che quello dello stato civile è un ordinamento gerarchico «di controllo»; non ha i caratteri, attribuitigli dal Consiglio di Stato, dell'ordinamento gerarchico «di competenza concorrente».

Quanto alle funzioni di tutela dell'interesse generale, è chiaro che queste ultime spettano al pubblico ministero (art. 95 comma 2 d.p.r. n. 396/2000). Il confronto tra prefetto e pubblico ministero, tratteggiato dal Consiglio di Stato come se il primo potesse vantare una funzione più obbiettiva, solo in virtù dell'essere organo del potere esecutivo, ricorda a tratti le vecchie tesi della funzione «amministrativa» del p.m., da tempo abbandonata. Oggi l'atto di promovimento del procedimento di rettificazione non sembra poter essere riguardato, se non arbitrariamente, entro una duplice dimensione, «oggettiva» e «soggettiva». Come tutte le attribuzioni civili del pubblico ministero, è orientato al perseguimento di interessi generali ed è, al tempo stesso, *giurisdizionale*: appartiene, per legge, ad un potere dello stato diverso dal potere esecutivo.

Per queste ragioni, in via del tutto teorica, il provvedimento prefettizio di cancellazione dei matrimoni omosessuali dai registri di stato civile potrebbe persino lasciar immaginare l'eventualità di un conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, in una duplice direzione; tra esecutivo e giudiziario e, d'altra parte, tra esecutivo e pubblico ministero, almeno se si condivide (come a me pare) l'orientamento per cui anche le attribuzioni civili del pubblico ministero hanno fondamento costituzionale, trattandosi di organo indipendente dal potere esecutivo⁵⁹.

Al di là di questi aspetti, che non ho modo qui di approfondire, mi sembra palese che tanto la circolare ministeriale, quanto i provvedimenti prefettizi di attuazione, rappresentassero il più tipico caso di difetto assoluto di attribuzioni ed andassero pertanto, in accoglimento del motivo principale del ricorso, dichiarati nulli ai sensi dell'art. 21-septies l. n. 241/1990.

8. Un orizzonte minaccioso per l'ideale del governo delle leggi: i pieni poteri dell'esecutivo contro il «gentle despotism» degli omosessuali

Governo degli uomini o governo delle leggi? Qualche anno fa, polemizzando con «*the Court's doctrine of privacy rights*», una studiosa americana, professoressa in una università cattolica della Florida, ha scritto che il riconoscimento del matrimonio omosessuale negli Stati Uniti non è solo contro natura, richiede anche una condizione di «*soft despotism*»⁶⁰.

L'allusione è al titolo del celebre capitoletto conclusivo di A. De Tocqueville ne *La democrazia in America*, dedicato a «quale specie di dispotismo devono temere le nazioni democratiche». Tocqueville preconizza l'evoluzione di un potere pubblico che dimette i panni dell'autorità per assumere forma e sostanza «tutelare», cooperativa, solidale, che lavora al benessere dei cittadini per allargare la sfera dei loro diritti, ma reca in sé il pericolo di un dispotismo ancor più oppressivo. Il nuovo sovrano paventato da Tocqueville, anziché «educare gli uomini alla virilità» come farebbe un padre, un padrone, un patriarca, «cerca di fissarli irrevocabilmente alla propria infanzia; ama che i cittadini si divertano, purché non pensino che a divertirsi»⁶¹.

Le stesse pagine de *La democrazia in America* sono riprese da N. Bobbio, nel suo saggio *Governo degli uomini o governo delle leggi?*, per ricordarci che la critica verso i nuovi diritti, il dispregio del «dispotismo democratico», la diffidenza verso la sovranità popolare, l'encomio della sovranità nazionale e della sua

58 Nemmeno da parte dello stesso ufficiale di stato civile, come si deduce dall'art. 98 d.p.r. cit.

59 E. Spagna Musso, *Problemi costituzionali del pubblico ministero*, in *Scritti di diritto costituzionale*, II, Milano, Giuffrè, 2008, 737 ss, 756.

60 S. Sugrue, *Soft Despotism and Same-Sex Marriage*, in *The Meaning of Marriage*, R.P. George e J.B. Elshtain (a cura di), New York, Scepter Publishers, 2010, 187 e *passim*.

61 A. De Tocqueville, *La democrazia in America*, Milano, Rizzoli, 1992, 733.

capacità di proteggere gli interessi generali nei momenti di instabilità o di «crisi», è da sempre tipica dell'elogio del governo degli uomini o, meglio, del «governo di un uomo». E non si può negare che «Il collegamento tra il governo popolare e governo tirannico» — prosegue Bobbio — sia «un tema caro a tutti gli scrittori antidemocratici».

Sull'antitesi tra governo degli uomini e governo delle leggi ci si può anche astenere da giudizi di valore, come fa lo stesso Bobbio, almeno fin che si indossino i panni dell'osservatore scientifico, come Lui stesso tiene a specificare. Ma la sentenza del Consiglio di Stato induce senz'altro a ricordare che esistono pure le virtù del «governo delle leggi». Tutti concordano che in democrazia non sia consentito costruire il fondamento del potere dell'esecutivo sul principio di legittima difesa dell'ordinamento. Eppure certe interpretazioni sembrano cadere nella tentazione di rievocare quel retaggio. L'approccio del Consiglio di Stato ricorda molto quello della studiosa sopra citata: dovrà esistere un contrappeso a quella condizione politica di «*gentle despotism*», in cui «*gays and lesbians are liberated with their heterosexual counterparts to gratify themselves as they see fit*». Questo sembra ciò che il Consiglio si è rappresentato, quando ha posto in risalto i paragrafi delle sentenze *Schalk e Kopf* c. Italia e *Oliari* c. Italia che valorizzano il ruolo della «sovranità nazionale», dimenticando quelli in cui la Corte EDU spende argomenti pesanti contro la inadeguatezza dell'ordinamento italiano. Al che si potrebbe obiettare che l'estensione della tutela dei diritti umani oltre i confini nazionali, non meno della sovranità nazionale, è un elemento costitutivo dell'idea di Stato di diritto. La dimensione internazionale del problema della trascrizione dei matrimoni omosessuali celebrati all'estero esige un canone di giudizio rigorosamente legale. Lo schema del giudizio amministrativo non dovrebbe essere ostile questo compito. Decidere se il matrimonio omosessuale celebrato all'estero è trascrivibile spetta al giudice ordinario, in conformità ad una tradizione, in materia di giudizi di stato, forse non millenaria, ma altrettanto consolidata di quella che accompagna la eterosessualità del matrimonio. Per il resto, la legge non può essere interpretata come se autorizzasse stati di eccezione al principio di legalità. Esistono, entro certi limiti, poteri legali d'«atipici», ma non poteri innominati. Nello stato di diritto, la funzione amministrativa è pubblica. Nasce dalla legge, anche quando l'autorità della legge sembra in pericolo.

Luca Morassutto*

Circolare Alfano e trascrizione dei matrimoni *same-sex*: all'ombra dei divieti e dei reati

Ne quid res publica detrimenti caperet
M. T. Cicerone, *Catilinarie*, 1.4

Sommario

1. Premessa – 2. Nostalgie giusnaturalistiche – 2.1. Un implicito disconoscimento degli status acquisiti all'estero – 2.2. La spallata alla giurisdizione ordinaria – 3. Segregazione per orientamento sessuale – 4. Una immobile... mobilità – 5. (Ir)ragionevoli motivi – 6. Aspetti penali della circolare Alfano – 6.1. L'invito ai Prefetti – 6.2. I contenuti della Circolare Alfano, in particolare le fonti normative poste alla base dell'intervento prefettizio – 6.3. La riserva di giurisdizione in materia – 6.4. L'alterazione del vero – 6.4.1. La lesione di una prerogativa – 6.4.2. Collisioni di doveri

Abstract

Rigettando le conclusioni a cui il Consiglio di Stato giunge nella vicenda relativa alla legittimità della Circolare Alfano è possibile seguire un diverso tracciato che conduce ad una soluzione diametralmente opposta. Impedire la trascrivibilità dei matrimoni *same-sex* contratti all'estero rappresenta un *vulnus* alla libera circolazione degli status ma, ancor più, l'indebita ingerenza dell'autorità amministrativa appare non solo uno sconfinamento in una materia che non le compete ma configura altresì la possibile realizzazione di una fattispecie penale.

Rejecting the conclusions the Council of State has reached regarding the legitimacy of the Ministerial Circular know as "Circolare Alfano", we would like to follow a different line of reasoning leading to a diametrically opposed solution. Banning the transcription of same-sex marriages contracted abroad is a breach of the free movement of persons provisions. Moreover, the unacceptable interference of the administrative authority seems not only to be trespassing into a domain which does not concern it, but also to be relevant to the specifics of penal offence.

1. Premessa

Nelle more di pubblicazione del presente contributo sul tema delle trascrizioni dei matrimoni *same-sex* è intervenuto infine il Consiglio di Stato – Sezione Terza, con sentenza emessa l'8 ottobre 2015¹. Va premesso che le conclusioni a cui i giudici di Palazzo Spada giungono sono diametralmente opposte a quanto qui si propone. Ho quindi scelto un percorso argomentativo forse inusuale, partendo dalla fine di questa vicenda, con una critica alla sentenza del Consiglio di Stato. Tratterò quindi il problema dei flussi transfrontalieri in quanto intimamente collegati al problema degli status personali acquisiti

* Avvocato del Foro di Ferrara.

¹ In questa Rivista, p. 336 ed in *Articolo29*, www.articolo29.it.

all'estero e di come la Circolare Alfano si sia inserita nella richiesta di riconoscimento di tali status, per quindi pervenire ad una possibile individuazione di una specifica fattispecie di reato. Le conclusioni a cui si perviene sono così una possibile — diametralmente opposta — lettura di quanto proposto dal Supremo giudice amministrativo

2. Nostalgie giusnaturalistiche

Il Consiglio di Stato, investito del ricorso da parte del Ministero dell'Interno e del Prefetto di Roma avverso alla sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione I ter n. 05924/2015², articola il suo intervento secondo una asserita progressione logica, prendendo le mosse dalla questione della trascrivibilità dei matrimoni omosessuali contratti all'estero — in forza dell'appello incidentale promosso dagli originari ricorrenti — per poi proseguire discutendo dell'esistenza o meno in capo al Prefetto del potere di annullare le trascrizioni. Così posto, il problema contiene già di per sé una falla logica. Non si coglie infatti il nesso tra analisi dell'esistenza del diritto alla trascrizione e legittimità dell'ordine contenuto nella circolare Alfano. Tale nesso risulta comprensibile solo se letto in termini utilitaristici nell'economia del giudizio finale. Ossia, per fondare la legittimità dell'ordine contenuto nella circolare Alfano, è necessario dichiarare illegittime le trascrizioni. Per farlo però bisogna a tal punto storcere il naso di cera³ della legge che si rischia di staccarlo.

L'analisi del Consiglio di Stato prende le mosse dalla l. 218 del 1995 e specificamente dall' art. 27⁴ e dall'art. 28 riguardante la forma del matrimonio⁵. L'ulteriore richiamo operato dal Consiglio di Stato è all'art. 115 del codice civile che, riguardo al matrimonio del cittadino all'estero, ci dice che vanno seguite le disposizioni contenute agli artt. 84 e seguenti c.c.⁶

Date le premesse segue la conclusione che vi è un "sistema regolatorio univoco circa l'identificazione degli elementi che condizionano la validità e l'efficacia del matrimonio tra cittadini italiani celebrato all'estero" e che tale sistema esige l'enucleazione degli "indefettibili requisiti sostanziali" che permettono all'atto di produrre i suoi effetti. La deduzione successiva offre al lettore una prima perplessità di fondo. La Corte infatti afferma che "risulta agevole individuare la diversità di sesso dei nubendi quale la prima condizione di validità e di efficacia del matrimonio". Si tratta di un agio che evidentemente riesce semplice solo alla Corte identificare considerando che nessuna delle norme richiamate dalla stessa a fondamento del suo ragionamento fa menzione del requisito del sesso dei nubendi. Ed infatti la Corte è costretta dopo un richiamo evidentemente insoddisfacente per la propria teoria a trovare sostegno alla sua tesi nelle successive norme codicistiche ove si parla di marito e moglie (art. 107, 108, 143, 143 bis e 156 bis). Si tratta per la Corte di una lettura obbligata, in coerenza con la "concezione del matrimonio afferente alla millenaria tradizione giuridica e culturale dell'istituto, oltre che all'ordine naturale costantemente inteso e tradotto nel diritto positivo come legittimante la sola unione coniugale tra un uomo e una donna", spingendosi così ben oltre i limiti che la stessa Corte costituzionale aveva disegnato nella sentenza 138/2010 o — peggio — nella sentenza 170/2014 parlando di paradigma eterosessuale del matrimonio⁷. La differenza di sesso assurge così a "connotazione ontologica essenziale dell'atto di matrimonio". Se sconcerta il ricorso ad un argomento che di autorevole non ha altro che il richiamo alla tradizione, facendo di questa l'omaggio a sé stessa, inquieta il riferimento ad un ordine naturale

2 In *Articolo29*, www.articolo29.it, 2015, con nota di G. Zago.

3 Il riferimento è alla nota affermazione di Alano di Lilla: "*Auctoritas cereum habet nasum, id est in diversum potest flecti sensum*" in *Contra haereticos libri quatuor*, I, 30, PL 210, 333

4 Il quale afferma che "la capacità matrimoniale e le altre condizioni per contrarre matrimonio sono regolate dalla legge nazionale di ciascun nubendo al momento del matrimonio".

5 Ove leggiamo che "il matrimonio è valido quanto alla forma se considerato tale dalla legge del luogo di celebrazione o dalla legge nazionale di almeno uno dei coniugi ...".

6 Pertanto si dovrà prestare attenzione all'età, all'interdizione di mente, alla parentela affinità, adozione e affiliazione, al delitto, al divieto temporaneo di nuove nozze, all'assistenza del minore.

7 Vale il caso di ricordare quanto afferma G. Brunelli, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. "divorzio imposto"*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2014: "il paradigma eterosessuale del matrimonio ha cominciato a sgretolarsi nel sistema CEDU al quale anche l'Italia appartiene [producendo] l'ingresso nel nostro ordinamento di una nozione di matrimonio che non esclude dal suo orizzonte la dimensione omosessuale".

costantemente inteso e tradotto nel diritto positivo, in una lettura giusnaturalistica riscontrabile solo nel Levitiano o nel diritto canonico esplicitato da San Tommaso⁸.

Mancando la differenza di sesso, dice il Collegio, si è in presenza di un atto sprovvisto di un elemento essenziale ai fini della sua idoneità, riecheggiando quanto affermato dalla Corte di Cassazione nella nota sentenza 4184/2012. E per la seconda volta il lettore è posto di fronte ad una ulteriore passaggio errato. La Corte infatti interscambiando con leggerezza le categorie delle patologie che affliggono gli atti confonde inidoneità ed inesistenza affermando “che si tratti di atto radicalmente invalido (nullo) o inesistente (che appare tuttavia la classificazione più appropriata vertendosi in una situazione di un atto mancante di un elemento essenziale della sua stessa giuridica esistenza) il matrimonio omosessuale deve, infatti, intendersi incapace, nel vigente sistema di regole, di costituire tra le parti lo status giuridico proprio delle persone coniugate”. Con poche righe il Consiglio di Stato pone indietro le lancette dell’orologio dei già scarni diritti per la comunità lgbt e riporta l’analisi giuridica a prima del 2012.

Con un *revirement* di non poco conto la Corte afferma quindi che il matrimonio *same-sex* contratto all’estero non è atto a produrre alcun qualsivoglia effetto giuridico in Italia⁹.

2.1 Un implicito disconoscimento degli status acquisiti all’estero

Ai fini di verificare questa “inattitudine” Il Collegio ritiene decisiva la previsione di cui all’art. 64 del d.P.R. n. 396/2000. La norma prevede l’esistenza di una serie di requisiti formulati in elencazione tassativa la cui esistenza è compito dell’ufficio di stato civile verificare. Ed è nella lettera “e” che il Consiglio di Stato individua la prova, senza appello, del fondamento del suo ragionamento. Viene infatti richiesto che gli sposi dichiarino di volersi prendere rispettivamente in marito e moglie.

La Corte però dimentica che l’art. 64 riguarda il contenuto dell’atto di matrimonio mentre la questione di cui si discorre è la trascrizione dello stesso. Continua in altre parole a confondere due fenomeni tra loro diversi: l’atto e la pubblicità. Erra poi nella individuazione della norma di riferimento che per il caso di specie non è l’art. 64 quanto l’art. 16, che si configura come *lex specialis*.

Due riflessioni si pongono all’attenzione del lettore. E’ assai debole il ricorso all’interpretazione letterale compiuto dal Consiglio di Stato circa l’uso della parola “sposi” da intendersi necessariamente come coniugi di sesso diverso. L’art. 16 utilizza la stessa dicitura in riferimento al matrimonio celebrato all’estero secondo le leggi del luogo. Ebbene oramai per la quasi totalità degli Stati appartenenti all’area UE il concetto di sposi esula dal paradigma eterosessuale. La legge del luogo quindi ben concepisce che sposi possono essere anche persone *same-sex*. Vero è che per stabilire l’esistenza di un impedimento occorre far riferimento alla legge nazionale dei nubendi che impone all’italiano che si sposa all’estero il rispetto delle condizioni previste dalla legge italiana. E’ anche vero però che quello del riconoscimento del matrimonio straniero non attiene alla cittadinanza ma all’esercizio di diritti [umani] fondamentali¹⁰. Non solo, è in discussione inevitabilmente il diritto alla libertà di circolare all’interno dello spazio europeo portando con sé una identità acquisita e modifica dal momento in cui il soggetto ha contratto matrimonio.

E’ la norma di raccordo di diritto internazionale che sconfessa il Consiglio di Stato che non se ne avvede e perora una posizione piuttosto discutibile. E ciò si verifica doppiamente se si pone mente al secondo elemento di riflessione rappresentato dall’art. 18 del d.P.R. 396/00 che individua come unico limite alla trascrivibilità la contrarietà all’ordine pubblico.

Ecco che anche in questo caso assistiamo ad un ulteriore passaggio illogico. La Corte infatti non può esplicitamente dire che l’identità di sesso dei nubendi è elemento che integra la violazione dell’ordine pubblico internazionale¹¹, anzi, è costretta a negarlo, ma afferma che la trascrizione deve intendersi preclusa proprio dal difetto di uno degli indispensabili contenuti dell’atto di matrimonio trascrivibile (la diversità di sesso per l’appunto). Quanto era, per così dire, uscito dalla porta, rientra quindi dalla finestra in quanto l’art. 18 viene interpolato dalla lettura del Consiglio di Stato inserendo un presupposto elemento rappresentato proprio dalla differenza di sesso.

La sentenza, debole in punto di diritto su diversi passaggi, offre un ulteriore esempio di questa fragilità — se non addirittura di inesistenza argomentativa — al punto 2.4 ove si afferma che “la com-

8 A. M. Hespana, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna, Il Mulino, 1999, p. 157.

9 Smentendo indirettamente così quanto affermato dal Tribunale di Reggio Emilia nel decreto 13 febbraio 2012 (in *Articolo29*, www.articolo29.it) circa il ricongiungimento del coniuge.

10 Cfr. M. M. Winkler – G. Strazio, *Il nostro viaggio. Odissea nei diritti lgbt in Italia*, Milano Udine, Mimesi, 2014, p. 71.

11 Osta in tal senso sia la giurisprudenza CEDU vds *Schalk and Kopf* quanto il consolidato orientamento giurisprudenziale formatosi internamente vds Cassazione civile, sentenza n. 4184 del 15 marzo 2012, entrambe in *Articolo29*, www.articolo29.it.

patibilità del divieto, in Italia, di matrimonio tra persone dello stesso sesso (e quindi si aggiunga come logico corollario della trascrizione di quelli celebrati all'estero) è già stata scrutinata ed affermata dalla Corte costituzionale". Come già anticipato vi è una evidente confusione tra atto e pubblicità dello stesso, ma, ancor più grave, vi è una confusione tra matrimonio celebrato in Italia e trascrizione di matrimonio celebrato all'estero. Quel che è peggio risulta essere la lettura delle fonti internazionali considerate alla luce della teoria del margine di apprezzamento ma ignorando il principio enucleabile dalla loro lettura in combinato, fornita da ultimo dalla sentenza CEDU Oliari vs Italia. Stupisce la miopia con cui il giudicante si è mosso, di fatto però percorrendo un solco tracciato colpevolmente prima di lui dalla Corte costituzionale. Se è vero infatti che la teoria del margine di apprezzamento lascia comunque al legislatore il compito di pronunciarsi su quale sia la scelta migliore da operare per garantire un diritto, l'appartenenza ad un ordinamento giuridico sovranazionale ci chiede comunque di garantire quel diritto. Questo significa anzitutto che quello specifico diritto è riconosciuto come esistente. Miopia o pigrizia culturale¹² poco cambia. Sia gli interventi giurisprudenziali in sede CEDU e di Corte di Giustizia quanto le relazioni del Parlamento europeo sono moniti di assoluta evidenza. Ed in tal senso la sentenza Oliari da ultimo, nella sua lettura dei principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, si pone come fonte interposta non solo al legislatore ma anche ai giudici. Proprio il riconoscimento degli status è espressione del principio di cui all'art. 8 Cedu che in forza del diritto alla libera circolazione assume un carattere transfrontaliero e non può essere frustrato per una inerzia legislativa di uno Stato. Qui il Consiglio di Stato offre l'ennesima illogicità. Afferma infatti che è necessario per giudicare violate le libertà di circolazione e soggiorno che "la fattispecie giudicata rientri entro i confini del diritto europeo" mentre nel caso di specie la regolazione legislativa del matrimonio esula dai confini del diritto europeo. Si tratta di una risposta al problema del mancato rispetto dei trattati internazionali completamente errata che confonde discrezionalità legislativa nell'uso della regolamentazione da un lato e diritto alla libera circolazione dall'altro. Così facendo, si ha una inversione della lettura delle fonti che porta il Consiglio di Stato ad affermare che non esiste un diritto fondamentale della persona al matrimonio omosessuale. Da qui il limite posto all'interprete circa le opzioni ermeneutiche creative che possono condurre ad eventuali equiparazioni anche a meri fini dell'affermazione della trascrivibilità. Peggio ancora, in ossequio alla più rigida dogmatica della separazione dei poteri, si chiede al giudice di abdicare alla sua funzione ermeneutica interpretativa, tornando, in un'ottica settecentesca così rassicurante per l'amministrazione pubblica ed il suo giudice, a far sì che "*les juges de la nation ne sont ...que la bouche qui prononce les paroles de la loi*"¹³. Si prospetta cioè un *institutional approach* all'insegna di una modestia giudiziale, sostenendo una idea ben precisa del ruolo che i giudici dovrebbero assumere, concentrati non a interpretare bensì a "minimizzare le loro ambizioni interpretative, specialmente minimizzando i costi del processo decisionale e della incertezza giuridica"¹⁴. Una lettura quindi piatta e modesta, economicista¹⁵ nell'intendere il ruolo e le funzioni. L'interpretazione così formulata può funzionare solo in una utopica condizione ove la risposta alle istanze della società trova immediata risposta nella attività di un Parlamento. La condizione italiana è quanto di più lontano vi sia per vedere applicato un *institutional approach*, ce l'ha bene insegnato la Corte di Cassazione con sentenza della I sezione civile n. 21748/2007 sul caso *Englaro*. E questo a tacere comunque che la funzione di riconoscere un diritto umano fondamentale non può essere sottoposto alla pancia di un elettorato, a freddi dati statistici e a sordide manovre di palazzo. I diritti fondamentali vanno invece posti al sicuro dalle vicissitudini della lotta politica¹⁶, messi fuori dalla portata di maggioranze e soprattutto di autorità pubbliche che con un tratto di penna ne cancellano l'esistenza. L'effetto legislativo di una *ratio decidendi* è solo il frutto di una deformazione visuale¹⁷ poiché nulla impedisce al legislatore di far valere la propria volontà riversandola in nuove norme di legge. In questo senso la sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America pronunciantesi nel

12 S. Rodotà, *Solidarietà un'utopia necessaria*, Roma-Bari, Laterza, 2014, p. 54.

13 Montesquieu, *Esprit des Lois* (1788), XII, 15, Parigi, Garnier, 1949, p. 165.

14 A. Vermeule, *Judging under uncertainty. An institutional theory of legal interpretation*, Cambridge, Mass London, 2006, p. 150.

15 R. Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva "quantistica"*, Milano, Franco Angeli, 2014, p. 71.

16 Come non condividere quanto affermato dalla Corte Suprema americana: "*The idea of the Constitution was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials and to establish them as legal principles to be applied by the courts. [West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette, 319 U. S. 624, 638 (1943).] This is why fundamental rights may not be submitted to a vote; they depend on the outcome of no elections*" in *Obergell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of health et al.* in questa Rivista, p. 343.

17 Sempre R. Bin, *ivi*, p. 96.

caso *Obergefell* appare senza dubbio illuminante quando esplicita che i diritti fondamentali non possono attendere i comodi della politica¹⁸.

2.2 La spallata alla giurisdizione ordinaria

Nel merito dell'appello principale circa il giudizio di illegittimità del decreto prefettizio, il Consiglio di Stato ritiene questione preliminare la ricognizione dei caratteri della relazione interorganica tra Prefetto e Sindaco. Questa parte della sentenza denuncia la sua visione di un sistema che si ispira all'organico-fascista. La potestà di sovraordinazione dell'Amministrazione centrale che si dipana attraverso il Prefetto per imporsi quindi sul Sindaco è posta a fondamento della invocata autotutela. Si riaffaccia dopo ben quarant'anni la prospettazione della teoria dell'ordinamento interno su cui Angiolini aveva speso ampie argomentazioni¹⁹.

Per fondare la relazione interorganica in termini di subordinazione il Consiglio di Stato utilizza due argomentazioni, una riflessione, un esempio. Purtroppo si tratta di una logica argomentativa che non convince. Circa il dato normativo vengono richiamati gli articoli 9 e 54 del d.P.R. 396/00²⁰ mentre per il dato giurisprudenziale il Collegio ricorre ai contenuti della sentenza delle Sezioni Unite n. 21658 del 2009 dove però il rapporto interorganico non è letto in termini di competenza per materia o di avocazione di un potere o di esercizio dello stesso in autotutela ma in termini di legittimazione passiva nel giudizio di responsabilità civile. Ragioni quindi totalmente diverse ed inconferenti per essere quivi richiamate e poste a fondamento della teoria che il Consiglio di Stato vorrebbe sostenere.

Lo stesso ragionamento, che dovrebbe porsi come conseguenza logica della teorizzazione e quindi apparire come la conclusione della riflessione, si rivela poco convincente. La riflessione consiste nel dire che se non si riconoscesse al Prefetto un potere di intervento diretto si avrebbe una lesione dell'uniformità di indirizzo nella tenuta dei registri dello stato civile in quanto i sindaci potrebbero operare senza meccanismi correttivi interni. Ed infatti, si obietta, non sono previsti meccanismi correttivi interni bensì esterni e precipuamente quelli di cui all'art. 95 del d.P.R. 396/00 che prevedono il vaglio del giudice ordinario.

Infine l'esempio proposto non appare essere pertinente. Il sistema di pubblica sicurezza è qualificato normativamente come sistema gerarchico. La sua stessa costruzione appalesa questa conclusione e appare semplicistico il tentativo di mettere avanti le mani sostenendo che ci si trova in entrambi i casi di fronte a disfunzioni amministrative imputabili al sindaco.

Quello che però allarma, che appare essere come una vera emergenza di democraticità, sono le affermazioni utilizzate in merito all'ambito applicativo di cui all'art. 95 d. P.R. 396/00 e della riserva di legge o giurisdizione indicata all'art. 453 c.c. Il Consiglio di Stato afferma che, affinché si possano applicare le norme che indicano nella giurisdizione ordinaria l'organo di competenza, è necessario aversi l'esistenza di atti astrattamente idonei a costituire o modificare lo stato delle persone, tanto da imporre un controllo giurisdizionale sulla loro corretta formazione, con la conseguenza della estraneità al suo ambito applicativo di atti radicalmente inefficaci, quali le trascrizioni in parola e quindi del tutto incapaci di assegnare alle persone menzionate nell'atto lo stato giuridico di coniugato. Gravissima, storicamente nostalgica, questa affermazione esautorata il ruolo della magistratura ordinaria in una materia riservata *ex lege* e disconosce l'approdo — pur timido ed insoddisfacente — della sentenza della Corte di Cassazione 4184/12 degradando i matrimoni *same-sex* ad atti inesistenti.

L'escamotage usato per dare la spallata alla competenza giurisdizionale ordinaria prende le mosse dall'analisi dell'art. 453 c.c. asserendo che questo fa riferimento unicamente alle annotazioni. Va quindi inteso che non osta intervenire sull'atto di trascrizione con poteri di eliminazione diversi. Poche righe prima il Consiglio di Stato riteneva che il potere dei Prefetti di intervenire in autotutela dovesse desumersi in ossequio ai criteri ermeneutici sistematico e teleologico. Si è detto che tale sistematicità e finalità sono una creazione giurisprudenziale propria di questa sentenza e che non sono diversamente riscontrabili se non forzando — in maniera inaccettabile — le norme. Lo scrupolo di ossequiare sia l'invocato criterio sistematico che teleologico avrebbe di contro dovuto inibire il Collegio ad affermare che l'art. 453 c.c. non circoscrive il potere prefettizio avendo riguardo unicamente alle annotazioni. Il sistema di intervento disegnato dall'art. 95 d.P.R. 396/00 e dall'art. 453 c.c. contempla quello che può essere defini-

18 Cfr. A. Sperti, *La Corte Suprema riconosce il diritto costituzionale al matrimonio delle persone gay e lesbiche* in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2015.

19 Cfr. V. Angiolini, *Digesto delle discipline pubblicistiche, Direzione amministrativa (voce)*, 4^a ed., Torino, UTET, 1990, vol. V, 109 ss.

20 Circa le ragioni per le quali tale ricorso normativo appare errato si rinvia a L. Morassutto, *La cassaforte dei diritti ed il grimaldello della circolare Alfano in Questione giustizia*, www.questionegiustizia.it, 2015.

to un sistema perfetto e chiuso²¹ che, con l'individuazione di un nuovo potere di incidere sugli atti civili ad opera del Prefetto, perde completamente la sua ragion d'essere.

La sentenza esplicita tutta la sua violenza dialettica nel punto 3.7 ove afferma che proprio la permanenza di un atto inefficace giustifica l'intervento in autotutela al fine di impedire richieste ed istanze alla pubblica amministrazione sulla scorta di un atto che, seppure inefficace è materialmente esistente. Questo impone, a detta del Consiglio di Stato, la sua "eliminazione dal mondo del diritto". L'affermazione²², grave di suo, diventa inaccettabile quando il Collegio la porta all'estremo affermando che "solo gli interventi dei Prefetti in autotutela gerarchica valgono [...] ad assicurare la certezza del diritto connessa a questioni relative allo stato delle persone". Una esigenza che "non risulta garantita dalla riserva in via esclusiva del potere di cancellazione delle trascrizioni al giudice ordinario che, proprio per il carattere diffuso e indipendente della sua attività, rischia di vanificare, con interpretazioni diverse e contrastanti, l'esigenza di uniformità di indirizzo su una questione così delicata". E così il 2015 è l'anno Domini della fondazione del potere del Prefetto di intervento diretto modificativo in materia di Stato civile. E mentre in tutta Europa le legislazioni nazionali aprono al riconoscimento dei diritti per le persone omosessuali il supremo giudice amministrativo grida: *Hannibal ante portas*.

Il Consiglio di Stato rivendica così un ruolo che non solo non è esplicitato dalla legge ma tantomeno è da questa ricavabile. Lo scacco matto ai diritti delle coppie *same-sex* alla trascrizione del matrimonio contratto all'estero avviene con una duplice mossa. Prima il Consiglio di Stato pone fuori dall'influenza del giudizio ordinario un atto — afferente comunque i diritti soggettivi dell'individuo essendo questione riguardante lo *status personae* — dichiarandolo giuridicamente inesistente poi afferma che per la correzione di atti dello stato civile abnormi può essere utilizzato anche uno strumento amministrativo e non necessariamente giurisdizionale. Viene così esautorato l'intervento del giudice ordinario, ridisegnando la mappa topografica delle competenze delle giurisdizioni, con una aggressione senza precedenti. Il principio di riserva di giurisdizione ordinaria come formulato viene sfrattato per lasciar posto ad una doppia via su cui i meccanismi di interazione risultano completamente saltati, essendo inimmaginabile un dialogo.

3. Segregazione per orientamento sessuale

"Le leggi dei singoli Stati trattano tanto diversamente le unioni tra persone dello stesso sesso, che il passaggio del confine davvero può rappresentare la ragione giuridica del disfacimento di quella che altrove era considerata una famiglia a tutti gli effetti". Questa considerazione di solo quattro anni or sono oggi dovrebbe riformularsi in termini del tutto diversi affermando, di contro, che in Europa, solamente per sparute realtà nazionali, il passaggio del confine comporta l'oblio dei diritti della famiglia altrove formatasi. Tra queste realtà va annoverata, come è noto, l'Italia. Quella dei flussi transfrontalieri riguardanti le coppie *same-sex* richiedenti il riconoscimento del loro status di coniugi è vicenda che ha toccato anche il nostro Paese ed ha determinato un braccio di forza tra i Sindaci di talune città (ricordando in tal senso le città di Udine, Pordenone, Milano, Bologna, Livorno, Roma, Fano, Reggio Emilia) ed il Ministro degli Interni. Si è così assistito a quella che una parte della dottrina costituzionalista, a cui si aderisce, ha definito "la battaglia politica dei sindaci [che] ha il merito di testimoniare il grave ritardo della politica nazionale sulla tutela delle coppie gay"²³. A ben vedere l'operazione a cui si assisteva, fatte le necessarie differenziazioni, non era poi concettualmente così diversa da quanto accaduto nei primi anni del 2000 quando, nel tentativo di superare il ritardo del legislatore nazionale nell'adeguamento della disciplina matrimoniale alla mutata sensibilità sociale, alcune regioni, nei loro Statuti, proclamavano la volontà di perseguire il riconoscimento di forme di convivenza differenti dalla famiglia legittima. In tale occasione la Corte costituzionale, investita della questione per violazione della competenza esclusiva statale in materia di ordinamento civile, non dichiarava l'illegittimità di siffatte enunciazioni di principio. Il Giudice delle leggi le collocava, di contro, sul piano dei convincimenti espressivi delle diverse sensibi-

21 Cfr. art. 12 comma 6 D.P.R. 396/2001.

22 Difficile non ritrovare assonanze con l'idea, di inizio secolo, per la quale la direzione poteva essere classificata come uno dei contenuti della gerarchia amministrativa la quale si sostanzialmente precipuamente in varie facoltà spettanti all'organo superiore talune delle quali non mancano mai come il potere disciplinare, il potere di vigilanza, il potere di impartire ordine o di avocazione e riforma. In tal senso: E. Presutti, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Messina, Principato, 1934, I, 377 ss. Viene così teorizzata la gerarchia come meccanismo giuridico per coordinare gli uffici.

23 B. Pezzini in <http://27esimaora.corriere.it/articolo/nozze-gay-sentenza-importante-ma-resta-il-vuoto-di-legge/>.

lità politiche presenti nella comunità regionale ed esplicanti una funzione di natura culturale o anche politica ma non normativa²⁴. Similmente, i Sindaci, che avevano provveduto a trascrivere i matrimoni *same-sex* contratti all'estero da cittadini italiani, specificavano che il loro "non è un atto che si sostituisce a quello che è un vuoto legislativo e che può essere colmato soltanto dal Parlamento, ma vuole essere un contributo concreto per spingere il Parlamento stesso ad armonizzare la normativa italiana a quella della maggior parte degli altri Paesi europei"²⁵. Non siamo di fronte ad un fenomeno nuovo. Come ci ricorda Matteo Winkler "fino a poco meno di un secolo fa, nell'America della segregazione razziale le coppie miste emigravano dagli Stati del Sud a quelli del Nord per potersi sposare [...] In Italia oggi avviene la stessa cosa. Ovvio conseguenza della perdurante claustrofobia che caratterizza il dibattito sui diritti civili nel nostro Paese"²⁶. Una impermeabile resistenza (interna ed esterna), quella espressa dal Parlamento, non ad un capriccio, né ad un desiderio né ad una (innaturale) pretesa, ma al diritto individuale alla propria identità personale²⁷. Aspetto, quello della identità personale, che non sfugge al Parlamento europeo che nella "Relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2013 e sulla politica dell'Unione europea in materia" presentata il 20 febbraio 2015 "prende atto della legalizzazione del matrimonio o delle unioni civili tra persone dello stesso sesso in un numero crescente di paesi nel mondo, attualmente diciotto²⁸; incoraggia le istituzioni e gli Stati membri dell'UE a contribuire ulteriormente alla riflessione sul riconoscimento del matrimonio o delle unioni civili tra persone dello stesso sesso in quanto questione politica, sociale e di diritti umani e civili"²⁹. Diritti, ci ricorda il costituzionalista, che trovano un accesso ad uno status privilegiato, quello di coniuge, cui l'ordinamento collega un lungo elenco di diritti mancati³⁰ e che fa sì che il matrimonio abbia anzitutto una dimensione di diritto civile³¹, di più, che il diritto di sposarsi con chi si vuole sia un diritto umano elementare³². Ecco quindi che l'incapacità giuridica di accedere al matrimonio nega alle persone omosessuali una dignità nella loro propria e distinta identità, prolungano lo stigma³³.

Il gioco di prestigio a cui si assiste è degno del miglior illusionista. Una coppia *same-sex*, sposata secondo la *lex loci* in uno Stato europeo che riconosce l'istituto matrimoniale anche per le persone omosessuali è portatrice di una pienezza di diritti e doveri al pari di una coppia eterosessuale. Diritti che si esplicano sia in un legame orizzontale (tra coniugi) che verticale (tra coniugi e figli). Il passaggio da uno Stato ad un altro causa il disconoscimento dell'unione orizzontale facendo venire meno anche l'esplicarsi del più generale principio di solidarietà nelle relazioni familiari. Si generano così vere e proprie situazioni di privilegio riservando solo alla famiglia fondata sul matrimonio, secondo un paradigma eterosessuale, il naturale esplicarsi del principio di solidarietà³⁴. Automaticamente però si scioglie anche il legame verticale esistente tra figlio e co-genitore³⁵. In altre parole "*crossing the border can mean the difference between losing and retaining custody or being able to adopt as a gay or lesbian couple*"³⁶.

Ecco che questa impermeabilità rappresenta una negazione dello status stesso di cittadino europeo.

24 Si rinvia in tal senso a Corte costituzionale, sentenza del 29 novembre 2004 n. 372 e Corte costituzionale, sentenza del 29 novembre 2004 n. 378.

25 Così il Sindaco di Udine, Furio Honsell in una dichiarazione alla stampa. Confronta in tal senso: <http://messengeroveneto.gelocal.it/udine/cronaca/2014/10/02/news/udine-trascritto-il-primo-matrimonio-same-sex-in-regione-1.10039609>

26 M. M. Winkler, G. Strazio, *Il nostro viaggio, odissea nei diritti LGBT in Italia*, Milano-Udine, Mimesis, 2014, pag. 67

27 A. Pugiotto, *L'altra faccia dell'eguaglianza (e dell'amore)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 2008, pag. 8.

28 È del 27 novembre 2015, attraverso l'approvazione di una legge sulle unioni civili, l'aggiunta di Cipro agli Stati che riconoscono una legislazione inclusiva per le persone omosessuali.

29 Relazione consultabile direttamente dal sito del Parlamento europeo www.europarl.europa.eu/.

30 A. Pugiotto, *ivi*, p. 6.

31 M. Nussbaum, *Disgusto e umanità*, Milano, Il Saggiatore, 2011, p. 126.

32 H. Arendt, *Riflessioni su Little Rock*, in *Responsabilità e giudizio*, J. Kohn (a cura di) Torino, Einaudi, 2010, p. 169.

33 M. M. Winkler, *In memoriam Robert A. Burt. "Continuity and change" nella sentenza della Corte Suprema americana sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Questione giustizia*, www.questionegiustizia.it, 2015.

34 S. Rodotà, *Solidarietà un'utopia necessaria*, Roma Bari, Laterza, 2014, p. 52.

35 Come ci ricordano M.M. Winkler, G. Strazio, *ivi*, p. 68.

36 N.D. Polikoff, *Lesbian and gay couples raising children: the law in the United States*, in *the legal recognition of same sex partners: a study of National, European and International Law*, R. Wintemute, M. Andenaes (eds), Oxford Portland, Hart Publishing, 2001, pag. 153.

4. Una immobile... mobilità

L'ossimoro del titolo non è in alcun modo casuale bensì evidenzia la sorte dei diritti delle persone LGBTI in relazione ai flussi transfrontalieri. La mobilità dei cittadini dell'Unione è infatti una realtà concreta e, ad agevolare tale mobilità, contribuiscono i diritti connessi alla cittadinanza dell'Unione, in particolare il diritto di libera circolazione che comporta, come corollario, che il soggetto, nel valicare i confini di uno Stato dell'Unione, possa portare con sé il patrimonio di diritti di cui è titolare. Questo però è vero in parte e solo per talune persone. Il Libro Verde della Commissione Europea³⁷ datato 14 dicembre 2010 riferisce che su 122 milioni di matrimoni censiti nell'Unione, 16 milioni di questi presentano una dimensione transfrontaliera (il 13%). E' lo stesso rapporto dell'Unione a evidenziare come i cittadini europei trovino diverse difficoltà ad esercitare i loro diritti nella vita di tutti i giorni, difficoltà che scaturiscono dall'obbligo di presentare alle autorità di un altro Stato membro documenti pubblici per poter godere di un diritto o essere soggetti a un obbligo. Il problema è però risalente; già nel 2004 la Commissione aveva evidenziato l'importanza di agevolare il riconoscimento dei diversi tipi di documenti e il reciproco riconoscimento dello stato civile delle persone³⁸. La Commissione evidenzia come *"one of the first priorities will have to be to continue and increase work provided for by the mutual recognition programme"*. Questo avviene tra l'altro *"facilitating the recognition of various types of documents [...] in addition, it might prove useful to facilitate mutual recognition in new fields such as the civil status of individuals, family or civil relations between individuals (partnerships) or paternity"*. I cittadini dell'Unione trovano ostacoli in un quadro normativo frammentario riconducibile a molteplici fattori: discipline nazionali diverse tra loro, convenzioni internazionali multilaterali o bilaterali ratificate, a seconda dei casi, da un numero limitato di paesi e spesso inadatte ad offrire le soluzioni necessarie alla libera circolazione dei cittadini europei, un diritto dell'Unione non completo e che tocca solo qualche aspetto della materia e, nel caso delle coppie *same-sex* italiane, una resistenza interna nazionale, rappresentata da forze politiche reazionarie, dove la *"contrarietà al matrimonio omosessuale come pure ad una qualsiasi legislazione a favore di forme di unione (anche tra persone dello stesso sesso) diverse dalla famiglia tradizionale, nasce fondamentalmente da una paura: che quanto riconosciuto per legge diventi scelta possibile, costume diffuso, mentalità corrente. Uscendo così dalla sfera della riprovazione sociale e morale e riuscendo a intaccare paradigmi altrimenti consolidati"*³⁹. Una logica deliberativa che non diventa espressione di realizzazione dei contenuti dell'art. 2 e 3 della Costituzione ma che è altra cosa: quella del peccato che si fa reato, del *"io non voglio, dunque nessuno può"*⁴⁰. Gioca qui un pregiudizio di ordine morale, un malinteso sentimento religioso — il più delle volte — che converte ogni peccato in un reato, con una classe politica, troppe volte culturalmente impreparata e giuridicamente digiuna dei contenuti basilari del testo costituzionale, che si autoproclama maggioranza etica e castiga la minoranza eretica evidenziando così sempre più lo spread etico che ci divide da tutti gli altri Paesi occidentali⁴¹.

Proprio per rimuovere questi ostacoli, con un Protocollo firmato a Berna il 25 settembre del 1950, cinque Stati francofoni⁴² fondarono una organizzazione intergovernativa denominata Commissione internazionale dello stato civile ed individuata con l'acronimo CIEC⁴³. Con il tempo è apparso chiaro che al cittadino *"non importa che le norme siano identiche nei diversi paesi. Per lui, se risiede in un altro paese con la sua famiglia, quello che importa è che, se gli serve un estratto di nascita di un figlio per l'iscrizione a scuola, un tale estratto rilasciato dalle sue autorità nazionali sia accettato ovunque senza formalità. In altre parole se le persone circolano devono anche circolare gli atti e le decisioni che le concernano e tali atti devono essere sempre comprensibili e accettati"*⁴⁴. E' la logica conseguenza della ne-

37 *Libro Verde* *Meno adempimenti amministrativi per i cittadini* *Promuovere la libera circolazione dei documenti pubblici e il riconoscimento degli effetti degli atti di stato civile*, Bruxelles, 14.12.2010, reperibile all'indirizzo <http://www.europarl.europa.eu/>

38 Confronta il Com (2004) 401 del 2 giugno 2004 reperibile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/>

39 A. Pugiotto, *ivi*, p. 2.

40 *Id*, *ivi*, p. 2.

41 Così M. Ainis, *La piccola eguaglianza*, Torino, Einaudi, 2015, pp. 10 – 11.

42 Nello specifico: Belgio, Francia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Svizzera.

43 Secondo gli atti fondativi, la missione della CIEC è doppia: costituire una documentazione legislativa e giurisprudenziale sul diritto dei paesi membri che riguarda la condizione delle persone, della famiglia e della nazionalità e di porre questa documentazione a disposizione delle Autorità dei paesi membri. Il CIEC si propone poi un ulteriore obiettivo rappresentato dall'armonizzare le disposizioni esistenti nei paesi membri con l'elaborazione di Convenzioni e Raccomandazioni al fine di migliorare i servizi di stato civile nei paesi aderenti.

44 Conférence de l'Association polonaise des officiers de l'état civil – Lublin 27 settembre 2000 in <http://ciec1.org/>

cessaria unicità degli status personali che trae fondamento dalla innegabile circostanza che, all'interno di uno spazio senza frontiere interne, ciascun cittadino deve poter circolare recando con sé l'insieme dei requisiti che lo identificano come soggetto⁴⁵. L'Italia entrò a far parte del CIEC nel 1958 e delle 31 convenzioni internazionali elaborate il nostro Stato ne ha ratificate 17⁴⁶. In particolare rileva la convenzione n. 3, firmata a Istanbul il 4 settembre 1958⁴⁷, la quale prevede lo scambio automatico di informazioni riguardanti matrimoni e decessi⁴⁸. In tale convenzione si dispone che quando un ufficiale di stato civile di uno Stato contraente registra un matrimonio o un divorzio o un decesso ne dà informazione all'ufficiale di stato civile di un altro stato contraente presso il quale viene tenuto l'atto di nascita e/o l'atto di matrimonio dell'interessato oppure del suo coniuge.

Abbiamo così per l'Italia un corto circuito nel sistema di informazione, rilevando unicamente le comunicazioni che coinvolgono cittadini eterosessuali ma non quelle riguardanti cittadini omosessuali in quanto l'ufficiale di Stato civile va ad ignorare una comunicazione ufficiale proveniente da un altro Stato firmatario della medesima convenzione, generando così una — a questo punto inevitabile — discriminazione per orientamento sessuale. Inevitabile quindi chiedersi quali siano le ragioni di questa irricevibilità, di questa trasparenza di un atto agli occhi di un pubblico ufficiale. Come correttamente evidenziato dal Tribunale ordinario di Grosseto: "l'intrascrivibilità degli atti stranieri costituisce un'eccezione e che, dunque, non può che essere interpretata restrittivamente, in particolar modo quando gli atti o i provvedimenti incidano sullo status o sulla capacità delle persone, stante la necessità di garantire la più ampia circolazione degli stessi al di là dei confini entro i quali sono stati formati i relativi atti o provvedimenti"⁴⁹.

5. (Ir)ragionevoli motivi

Altrove si è detto che i motivi della opposizione al matrimonio *same-sex* od alla trascrizione nei registri di stato civile del matrimonio contratto all'estero si possono ricondurre ad una cantilena troppe volte sentita ed, onestamente, priva di una reale portata giuridica⁵⁰. Si tratta spesso di posizioni espressione della più reazionaria etica cattolica che "da sempre è una morale privata che diventa pubblica solo in questioni di sesso, famiglia e bioetica, oltre che in vista delle competizioni elettorali"⁵¹. Piace qui isolare, seppure sommariamente, due ordini di motivi. Il primo, nel suo possibile utilizzo, paleserebbe tutto il limite culturale dell'utilizzatore. Lo stesso Tribunale di Grosseto più sopra richiamato, affronta questo nodo definendolo un medievalistico richiamo al concetto di contro natura⁵². Quello del paradigma eterosessuale, in una supposta lettura originalista dell'art. 29 Cost., come precipitato dell'espressione "società naturale fondata sul matrimonio" è una lettura che non può neppure essere definita reazionaria⁵³ in quanto non trova nelle pagine dei Padri costituenti riferimenti di sorta. Va esclusa infatti ogni sugge-

45 C. Honorati, *La legge applicabile al nome tra diritto internazionale privato e diritto comunitario nelle conclusioni degli avvocati generali*, in *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, S. Bariatti G. Venturini (a cura di), Milano, Giuffrè, 2009, p. 482.

46 L'Italia ha anche firmato altre 6 convenzioni poi non ratificandole e ulteriori otto convenzioni non hanno ricevuto neppure la firma.

47 In vigore in 11 paesi tra cui l'Italia.

48 Poi ampliata il 12 settembre 1997 da cinque Stati inserendovi gli scioglimenti di matrimonio, i riconoscimenti, le rettificazioni degli atti di nascita, di matrimonio, di morte e di riconoscimento

49 La decisione del Tribunale di Grosseto del 17 febbraio 2015 N. V.G. 113/2014 è reperibile in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2015.

50 L. Morassutto, *La cassaforte dei diritti*, cit..

51 M. Donini, *Il diritto penale come etica pubblica*, 2014, Modena, Mucchi, p. 31.

52 "società naturale non può ritenersi certamente riferita a medievali e discriminatorie concezioni secondo cui l'unione omosessuale sarebbe contro natura o secondo cui i diritti di famiglia possano essere riconosciuti soltanto a coniugi astrattamente idonei alla procreazione ma va correttamente intesa come formazione sociale spontanea" vds Tribunale ordinario di Grosseto, decreto del 17 febbraio 2015, in *Articolo29*, www.articolo29.it.

53 Né tantomeno ci si può appellare alla tradizione poiché "servire la tradizione per mero riguardo verso la stessa tradizione non rientra certamente tra gli scopi della giurisdizione" M. Gattuso, *Appunti sulla famiglia naturale e il principio di eguaglianza*, *Questione giustizia*, 2007, p. 12.

stione di stampo giusnaturalistico⁵⁴ in quanto in quel “naturale” vi è unicamente il dichiarato obiettivo di respingere la teoria dei diritti riflessi praticata durante il fascismo. Anzi, lungi dai Costituenti una lettura cristallizzata della famiglia, poiché “naturale sta per razionale” e non si può “escludere che la famiglia abbia un suo processo di formazione storica, né si vuol negare che vi sia un sempre più perfetto adeguamento della famiglia a questa razionalità nel corso della storia”⁵⁵ che avviene anche attraverso l’agire di “una dottrina positiva secondo una determinata situazione storica”⁵⁶.

Il secondo motivo, che aleggia nel testo della circolare Alfano⁵⁷, è quello del profilo di ordine pubblico. Si tratta di una nozione elastica che deve raccordarsi non con la concezione di ispirazione statualista ma necessariamente riferirsi alla comunità internazionale cui l’Italia partecipa. Il recente dato emesso da Ilga Europe colloca l’Italia al 35° posto in Europa per l’equiparazione dei diritti civili alla comunità lgbt⁵⁸. In un contesto europeo sempre più inclusivo, il caso italiano spicca per l’evidente inettitudine di un Parlamento a conferire pari dignità ai suoi cittadini tanto da meritarsi una condanna da parte della Corte europea dei diritti umani⁵⁹. Sempre più difficile quindi è invocare, in difesa della atrofia normativa nazionale, la teoria del margine di apprezzamento formulata in sede europea, stante il mutamento politico del quadro sovranazionale dove la quasi totalità degli Stati dell’Unione hanno provveduto a riconoscere alle coppie *same-sex* il diritto di contrarre matrimonio o unioni civili. L’indiscutibile doloso ritardo, in capo all’Italia, stride con la dichiarazione del Parlamento europeo apparsa nella relazione annuale sui diritti umani. In tale frangente si legge che il Parlamento europeo “incoraggia le istituzioni e gli Stati membri dell’Unione europea a contribuire ulteriormente alla riflessione sul riconoscimento del matrimonio o delle unioni civili tra persone dello stesso sesso in quanto questione politica, sociale e di diritti umani e civili” inevitabile evoluzione del concetto che la relazione affettiva e sentimentale tra due persone dello stesso sesso oramai è dato assodato da doversi qualificare come vita familiare e non solo vita privata⁶⁰. Principi che la Corte di Cassazione fa propri dichiarando che “il carattere dell’eterosessualità non costituisce più, di conseguenza, un canone di ordine pubblico né interno né internazionale”⁶¹.

Rimane quindi da comprendere quale ragione vi possa essere se non quella discriminatoria su base dell’orientamento sessuale per negare il riconoscimento di uno status acquisito all’estero. Come ottimamente ricorda il già citato provvedimento di Grosseto, la giurisprudenza Cedu ritiene che il mancato riconoscimento di uno status personale acquisito all’estero, appare legittimo unicamente quando risponde ad un imperativo sociale e deve essere proporzionato allo scopo che si prefigge⁶². Ne discende così che l’intrascrivibilità del matrimonio *same-sex* si traduce in un mancato riconoscimento di uno status acquisito validamente e tale diversità di trattamento rispetto ai matrimoni transfrontalieri poi trascritti si fonderebbe unicamente su di una inaccettabile discriminazione per orientamento sessuale.

54 Come ci ricorda Paolo Veronesi in una splendida analisi sui “paletti valoriali” enucleabili dalla definizione di famiglia così come presente in Costituzione. Si veda P. Veronesi, *Costituzione, “strane famiglie” e nuovi matrimoni* in *Quaderni costituzionali*, 2008, p. 579.

55 A. Moro, *Commissione per la Costituzione*, Ad. Plen. 15 gennaio 1947, p. 102.

56 G. Dossetti, *Commissione per la Costituzione*, Ad. Plen. 15 gennaio 1947, p. 104.

57 Attraverso il richiamo alla “esigenza di garantire coerenza con le norme attualmente vigenti”.

58 Cfr <http://www.rainbow-europe.org> dove in ambito di tutela contro gli *hate speech* e gli *hate crimes* l’Italia riceve uno 0% in termini di tutela e in ambito di diritto di famiglia le viene riconosciuto un 4% in ragione della legge n. 164/1982.

59 *Oliari e altri c. Italia*, decisione del 21 luglio 2015 in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2015.

60 Si veda *Schalk e Kopf c. Austria* cit., posizione ribadita con maggior intensità e forza nella sentenza Cedu, *X e altri c. Austria*, sempre in *Articolo29*, www.articolo29.it. Si afferma così il principio per cui non vi è un solo modo di intendere la famiglia e la vita privata, in tal senso *Vallianatos c. Grecia*, in *Articolo29*, www.articolo29.it.

61 Corte di Cassazione, ordinanza del 6 giugno 2013 n. 14329, in *Articolo29*, www.articolo29.it.

62 *Negreptontis Giannisis c. Grecia*, decisione del 3 maggio 2011, in <http://hudoc.echr.coe.int/>

6. Aspetti penali della circolare Alfano

6.1 L'invito ai Prefetti

Il Ministero degli Interni il 7 ottobre 2014 procedeva ad emettere la circolare⁶³ n. 40[^]/ba-030/011/DAIT, a firma del Ministro, indirizzata ai Prefetti della Repubblica, al Commissario del Governo per la Provincia di Bolzano, al Commissario del Governo per la Provincia di Trento e per conoscenza al Presidente della Giunta Regionale della Val d'Aosta, avente ad oggetto: "trascrizione nei registri dello stato civile dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero". Nella circolare si afferma che "spetta al Prefetto, ai sensi dell'art. 9 del d.P.R. 396/2000, la vigilanza sugli uffici dello stato civile, si richiama l'attenzione delle SS.LL. sull'esigenza di garantire che la fondamentale funzione di stato civile, esercitata, in ambito territoriale, dal Sindaco nella veste di ufficiale di Governo, sia svolta in piena coerenza con le norme attualmente vigenti che regolano la materia." Il Ministro disponeva quindi che i Prefetti, ove risultassero adottate "direttive sindacali in materia di trascrizione nei registri dello stato civile dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero" rivolgessero "ai Sindaci formale invito al ritiro di tali disposizione ed alla cancellazione, ove effettuate, delle conseguenti trascrizioni, contestualmente avvertendo che, in caso di inerzia, si procederà al successivo annullamento d'ufficio degli atti illegittimamente adottati, ai sensi del combinato disposto degli articoli 21 *nonies* della legge 241 del 1990 e 54 commi 3 e 11 del d.lgs 267/2001". Si è così verificato un braccio di ferro tra civiltà politica da una parte, incarnata dall'operato dei Sindaci che affermavano⁶⁴ come: "Non è nostra intenzione, sulla base di una circolare del ministro, di azzerare le considerazioni etiche e giuridiche che sono alla base della scelta fatta. Porteremo un tema così importante davanti a un tribunale" e l'insensibile prepotenza del potere esecutivo dall'altra, che ha prodotto le prime cancellazioni delle trascrizioni⁶⁵.

E' anzitutto doveroso anteporre al proseguo di questo intervento una premessa metodologica. Le considerazioni che seguono non toccheranno gli aspetti di natura squisitamente amministrativistica (in primis se il Sindaco potesse o meno trascrivere) se non per inquadrare il punto di partenza della nostra riflessione. La domanda di fondo è in verità più semplice: poteva il ministro ordinare la cancellazione⁶⁶? Non si tratta infatti di chiedersi se i Sindaci potessero trascrivere o meno, si tratta di capire se il Ministro potesse disporre la cancellazione delle trascrizioni attraverso un provvedimento preso in via gerarchica. La risposta a nostro dire non può che essere negativa ed evidenzia l'abuso compiuto dal Ministro⁶⁷.

63 Reperibile all'indirizzo del Ministero: http://www.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/circolare_dait.pdf

64 Cfr <http://espresso.repubblica.it/attualita/2014/10/10/news/nozze-gay-i-sindaci-in-rivolta-contro-alfano-1.183678>

65 L'iter, seguito pressoché in tutti i casi, è stato quello dell'emissione di un decreto a firma del Prefetto competente per territorio con il quale veniva disposto l'annullamento d'ufficio della trascrizione e con cui si ordinava al Sindaco di dare esecuzione al provvedimento, annotando, a margine della trascrizione effettuata, il provvedimento prefettizio di annullamento. Nel caso di mancato ottemperamento dell'ordine da parte del Sindaco, un Vice Prefetto, recandosi presso gli uffici dell'anagrafe comunale, provvedeva direttamente all'annotazione del provvedimento prefettizio di annullamento, a margine della trascrizione effettuata nel registro degli atti di matrimonio. Appare necessario specificare come l'associazione Rete Lenford Advocatura per i diritti lgbt, che seguiva gli interessi di diverse coppie coinvolte nella vicenda, avesse preventivamente informato Sindaci e Prefetti nonché Presidenza della Repubblica, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Consiglio superiore della Magistratura, dell'assoluta inesistenza di un potere di procedere all'annullamento delle trascrizioni tanto in capo agli Ufficiali di stato civile, quanto, in via gerarchica, in capo al Prefetto. Veniva evidenziato altresì come qualsiasi atto in tal senso si sarebbe caratterizzato per essere un palese abuso di potere ma anche una clamorosa invasione della sfera del potere giurisdizionale (cfr. <http://www.retelenford.it/761-esposto-alla-procura-di-udine-a-seguito-della-cancellazione-del-matrimonio-same-sex-trascritto.html>)

66 Proprio su questo punto bisognerebbe riflettere, soprattutto dopo l'intervento della Procura della Repubblica di Udine che, pur in un procedimento di richiesta di archiviazione, qualificava comunque come sostanzialmente illegittimo quanto accaduto nel capoluogo friulano, tanto che sarebbe dovuto sorgere, in capo ai rappresentanti dell'Esecutivo che procedettero successivamente alla alterazione dei registri, quantomeno il dubbio sulla liceità di tale ordine e sulla competenza dell'autorità ordinante

67 E qualificato quindi come l'assenza di un potere giuridico conferito dall'ordinamento di interferire nella sfera giuridica altrui, si veda L. Stortoni, *L'abuso di potere nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 13.

6.2 I contenuti della Circolare Alfano, in particolare le fonti normative poste alla base dell'intervento prefettizio

E' possibile individuare, all'interno della richiamata circolare, tre distinti momenti: una affermazione di partenza ove si considerano le disposizioni dei Sindaci circa le trascrizioni non conformi al quadro normativo nazionale⁶⁸. Una parte centrale della circolare offre le ragioni di questa mancata equiparazione, evidenziando come, sia a livello normativo interno⁶⁹ che con riguardo al contesto europeo⁷⁰ nonché con riferimento al noto intervento della Corte costituzionale⁷¹ e a quanto affermato dalla Corte di Cassazione in materia di trascrizioni nei matrimoni *same-sex*⁷² non si possa sostenere ad oggi detta uguaglianza⁷³. La terza parte infine contiene le fonti normative in virtù delle quali il Ministero ordina ai Prefetti di disporre la cancellazione. Il ragionamento è il seguente: poiché spetta al Prefetto la vigilanza sugli uffici di stato civile, così da garantire una coerenza con le norme vigenti, egli dovrà attivarsi rivolgendo ai Sindaci un formale invito a ritirare le direttive con cui si disponevano le trascrizioni e conseguentemente cancellare le stesse. In caso di inerzia si avrà l'annullamento d'ufficio delle stesse ai sensi del combinato disposto degli articoli 21 *nonies* della L. n. 241 del 1990 e 54, commi 3 e 11 del D. lgs. 267/2000.

Il potere di intervento sui registri viene così fatto discendere da due fattori: potere di vigilanza in capo al Prefetto ed inerzia del Sindaco. Si tratta, di contro, di due richiami profondamente errati. Decisamente troppo veloce la conclusione in virtù della quale se esiste un potere di vigilanza vi è anche connesso un potere di intervento diretto. L'art. 9 del d. P.R. n. 396/2000 al suo secondo comma si limita infatti ad enunciare il principio per cui "La vigilanza sugli uffici dello stato civile spetta al Prefetto"⁷⁴. Quindi, in merito a questo primo punto, non ritroviamo traccia alcuna di un espresso potere di annullamento o di intervento diretto dell'Amministrazione centrale sugli atti dello stato civile⁷⁵.

Medesime conclusioni circa l'assenza di potere in capo al Prefetto possono essere tratte con riferimento al richiamato art 54, commi 3 e 11 del D. lgs. 267/2000 riguardante le attribuzioni del Sindaco nei servizi di competenza statale. La norma infatti recita che il Sindaco, quale ufficiale del Governo, sovraintende alla tenuta dei registri di stato civile e di popolazione. Il comma 11 esplicita poi il presup-

68 Tale mancata conformità è, a detta del Ministro, riconducibile al fatto che solo il legislatore nazionale può equiparare matrimoni *same-sex* e matrimoni tra persone di diverso sesso. E questo, sottolinea la circolare, nonostante la trascrizione abbia natura meramente certificativa e dichiarativa

69 L. 31 maggio 1995, n. 218, art. 27 comma 1; art. 115 c.c.; art. 107 c.c.

70 Artt. 12 CEDU e 9 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

71 Corte costituzionale n. 138/2010. Contro la lettura da più parti definita originalista della Corte rispetto all'art. 29 Cost. si rimanda a chi ottimamente ha già scritto sul tema (la letteratura in materia è tale e tanta da rendere impossibile un adeguato riferimento bibliografico ma si voglia comunque tenere presente: Corte Costituzionale 15 aprile 2010, n. 138, in *Famiglia e diritto*, 2010, 653, con nota di M. Gattuso; B. Pezzini, *Il matrimonio same-sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, p. 799-811; B. Pezzini, *Riconoscere, negare o giustificare la discriminazione matrimoniale delle persone omosessuali 'A proposito dell'interpretazione sistematico-originalista del matrimonio nell'articolo 29 Cost.*, in questa *Rivista*, anno I, numero 2: dicembre 2014, p. 12; G. Brunelli, *Dimensione antidiscriminatoria del principio di eguaglianza e diritto fondamentale di contrarre matrimonio*, in questa *Rivista*, anno I, numero 2: dicembre 2014, p. 12; G. Brunelli in *Audizioni sui disegni di legge nn. 14 e connessi [disciplina delle coppie di fatto e delle unioni civili] contributi degli auditi*, in *Articolo29* www.articolo29.it, 2015).

72 Corte di Cassazione n. 4184/2012, cit.

73 Si tratta di una analisi normativa e giurisprudenziale assolutamente insufficiente, che si fa portatrice di una certa pigrizia culturale. Come autorevolmente scrive il Stefano Rodotà: "nel quadro costituzionale europeo esistono ormai due categorie di unioni destinate a regolare i rapporti di vita tra le persone. Due categorie che hanno analoga rilevanza giuridica e dunque medesima dignità: non è più possibile sostenere che esiste un principio riconosciuto — quello del tradizionale matrimonio tra eterosessuali — e una eccezione (eventualmente) tollerata — quella delle unioni civili, eventualmente consentite anche a persone dello stesso sesso. Non si può trascurare questa diversa configurazione del sistema giuridico rifugiandosi, con una certa pigrizia culturale, nell'argomento della discrezionalità degli Stati nel regolare la materia, alla quale rinvia lo stesso articolo 9. Le scelte dei legislatori infatti non possono prescindere l'evidente logica paritaria alla quale si ispira la Carta dei diritti" in S. Rodotà, *Solidarietà un'utopia necessaria*, cit., p. 54.

74 Come tale potere si espliciti viene delineato dall'art. 104 del richiamato decreto: "Il Prefetto, o chi da lui delegato, si deve recare almeno una volta ogni anno negli uffici dello stato civile compresi nella propria provincia per verificare se gli archivi sono tenuti con regolarità e con precisione". Di tale verifica, prosegue l'art. 105 d.P.R. n. 396/2000, viene redatto processo verbale nel quale sono indicati il giorno in cui ha avuto luogo la verifica, il numero degli atti esistenti e verificati e le osservazioni fatte.

75 In tal senso Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sez. I – Ter, sentenza 12 febbraio – 9 marzo 2015 n. 3907, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2015.

posto attraverso il quale il Prefetto può sostituirsi in tale attività al Sindaco, individuandolo nell'inerzia di quest'ultimo. Passaggio doppiamente fallace sia da un punto di vista eso-procedimentale che endo-procedimentale in quanto non solo non è individuabile una inerzia in capo ai Sindaci — i quali hanno trascritto e conseguentemente motivato il dissenso all'eseguire l'ordine di cancellazione in quanto ritenuto illegittimo — ma altresì poiché non è pensabile una sorta di avocazione del potere di cancellazione. Questo infatti non verte in capo ai Sindaci i quali non possono né cancellare né alterare dei registri e pertanto non si comprende come questo stesso potere possa — sulla scorta dell'art. 54 d.lgs. 267/2000 - essere esercitato dai Prefetti.

6.3 La riserva di giurisdizione in materia

Non è eludibile il contenuto di cui all'art. 12 del d.P.R. 396/2000 rubricato "modalità di redazione degli atti" il quale impone che gli atti dello stato civile siano redatti secondo le formule e le modalità stabilite con decreto del Ministro dell'Interno, in particolare affermando che gli atti dello stato civile sono chiusi con la firma dell'ufficiale dello stato civile competente. Successivamente alla chiusura gli atti non possono subire variazioni, tanto che, come recita l'art. 453 c.c., nessuna annotazione può essere fatta sopra un atto già iscritto nei registri se non è disposta per legge ovvero non è ordinata dall'autorità giudiziaria. Disposizione che trova riscontro nell'art. 95 che apre il titolo XI del d.P.R. 396/2000 "Delle procedure giudiziali di rettificazione relative agli atti dello stato civile e delle correzioni". La norma a tal proposito è cristallina ed è stata di fatto il cardine su cui si sono incentrate le sentenze sia del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio che del Friuli Venezia Giulia con le quali si dichiara l'illegittimità dei provvedimenti prefettizi. Essa dispone che per procedere alla rettificazione di un atto dello stato civile o la cancellazione di un atto indebitamente registrato, si deve proporre ricorso al tribunale nel cui circondario si trova l'ufficio dello stato civile presso il quale è registrato l'atto di cui si tratta o presso il quale si chiede che sia eseguito l'adempimento⁷⁶. Il passaggio viene sottolineato all'art. 100 del richiamato d.P.R. ove si afferma che i tribunali della Repubblica sono competenti a disporre le rettificazioni e le correzioni anche per gli atti dello stato civile ricevuti da autorità straniera, trascritti in Italia ed a provvedere per la cancellazione di quelli indebitamente trascritti. L'intervento della magistratura, secondo quanto stabilito dall'art. 95 d. P.R. 396/00 è, tra l'altro, una prassi operativa ben nota⁷⁷ alla amministrazione centrale in quanto nel Massimario per l'ufficiale di stato civile del Ministero dell'Interno⁷⁸, compare al par. 15.1.1 a pag. 166: "Cancellazione di un atto. Quando si voglia procedere alla cancellazione di un atto indebitamente registrato negli archivi dello stato civile, considerato che non può esserne effettuata la materiale cancellazione, la legge prescrive che si faccia ricorso a iniziativa del pubblico ministero (eventualmente su segnalazione dello stesso ufficiale di stato civile) alla procedura di rettificazione di cui agli artt. 95 e 96 del DPR 396/2000 rimettendo la competenza a decidere esclusivamente all'autorità giudiziaria. Il relativo decreto deve essere opportunamente annotato sui registri dello stato civile". Il solo potere conferito all'ufficiale di stato civile in relazione ai registri è infatti quello di aggiornare gli stessi e correggere gli errori materiali ivi contenuti⁷⁹. Quello che certamente non viene conferito in alcun modo dalla legge è invalidare i registri attraverso un intervento *ex post* non autorizzato dalla autorità giudiziaria ordinaria. In altri termini non compare in alcun modo un potere costituito in capo al Ministro, al Prefetto o a qualsiasi altro ufficiale di stato civile di intervenire sopra i registri, manomettendone quindi la autenticità, attraverso delle operazioni di creatività amministrativa, *ex plurimis* negata dall'art. 69 comma 1 lett. E del d. P.R. 396/2000 ove si legge che negli atti di matrimonio si fa annotazione delle sentenze con le quali si pronuncia l'annullamento della trascrizione dell'atto di matrimonio. Sentenze per l'appunto e non atti

76 Art. 95 d. P. R. 396/2000: "1. Chi intende promuovere la rettificazione di un atto dello stato civile o la ricostituzione di un atto distrutto o smarrito o la formazione di un atto omesso o la cancellazione di un atto indebitamente registrato, o intende opporsi a un rifiuto dell'ufficiale dello stato civile di ricevere in tutto o in parte una dichiarazione o di eseguire una trascrizione, una annotazione o altro adempimento, deve proporre ricorso al tribunale nel cui circondario si trova l'ufficio dello stato civile presso il quale è registrato l'atto di cui si tratta o presso il quale si chiede che sia eseguito l'adempimento. 2. Il procuratore della Repubblica può in ogni tempo promuovere il procedimento di cui al comma 1".

77 <http://www.retelenford.it/761-esposto-alla-procura-di-udine-a-seguito-della-cancellazione-del-matrimonio-same-sex-trascritto.html>

78 Consultabile all'indirizzo: http://servizidemografici.interno.it/sites/default/files/Massimario-Ufficiale-Stato-Civile_2012_0.pdf

79 Cfr. art. 5 comma 1 lett. A) e art. 98 del richiamato d.P.R. 396/2000

amministrativi del Prefetto o del Ministro dell'Interno. In altre parole non appare appiglio creativo di sorta in capo agli organi ministeriali⁸⁰.

Superfluo a questo punto è il richiamo operato dalla circolare all'art. 21-nonies della l. 241/90. Questo per due motivi: in primo luogo, perché le norme di legge sopra citate circoscrivono con precisione e accuratezza il procedimento attraverso il quale si può giungere ad una modifica, cancellazione, rettificazione di quanto trascritto in relazione al peculiare atto di cui stiamo trattando. In secondo luogo perché l'articolo 21 *nonies* fa espresso riferimento al "provvedimento amministrativo". Nel caso di specie le trascrizioni nel registro dei matrimoni non sono provvedimenti amministrativi bensì atti pubblici formali⁸¹ con effetto dichiarativo e di certificazione⁸², in quanto la trascrizione del matrimonio non ha "natura costitutiva ma meramente certificativa e di pubblicità"⁸³.

Si giunge ad un primo punto fermo, riassunto così dal Tribunale Amministrativo Regionale Lombardia: "Dalle disposizioni normative sopra menzionate si ricava con evidenza che, una volta effettuata la trascrizione nei registri dello stato civile — peraltro riservata soltanto all'ufficiale dello stato civile (cfr. art. 95, comma 1, D.P.R. n. 396 cit.) —, non è possibile procedere a modifiche o rettifiche, se non per ordine dell'autorità giudiziaria ordinaria, tranne nel caso di correzione di errori materiali o di aggiornamento dei dati, per cui è previsto l'intervento dell'ufficiale dello stato civile (cfr. artt. 5 e 98 del D.P.R. n. 396 cit.)"⁸⁴.

Dall'analisi sin qui svolta prende le mosse un possibile diverso esito rispetto a quello postulato dal Consiglio di Stato, cioè che la cancellazione delle trascrizioni dei matrimoni *same-sex* contratti all'estero, operata dei commissari ad acta nominati dai prefetti che ottemperavano all'ordine impartito dalla circolare ministeriale, possa assumere rilevanza penale.

Tre, in particolare, i passaggi da esaminare: riguardo al registro pubblico; riguardo all'esercizio di un potere; riguardo ad una possibile scriminante.

6.4 L'alterazione del vero

L'art. 12 comma 6 D.P.R. 396/2001 prevede che "Gli atti dello stato civile sono chiusi con la firma dell'ufficiale dello stato civile competente. Successivamente alla chiusura gli atti non possono subire variazioni". Come richiamato, unicamente un intervento da parte della autorità giudiziaria può disporre in materia⁸⁵.

L'attività posta in essere dai commissari ad acta si configura così come una modificazione fisico materiale della dichiarazione autentica e genuina dopo la sua definitiva formazione⁸⁶. E' necessario soffermarsi quindi sulla natura di quanto si assume essere stato alterato⁸⁷. Mentre nel diritto extrape-

80 In tal senso anche in dottrina ove unanime è l'affermazione per la quale detta competenza è unicamente in capo all'autorità giudiziaria, cfr. D. Angelozzi, *Stato civile*, in *Codice della famiglia*, M. Sesta (a cura di), Milano, Giuffrè 2009, Tomo II, pag. 4072; A. Zaccaria, M. Faccioli, R. Omodei Salè, M. Tescaro, *Commentario all'Ordinamento dello stato civile*, Rimini, Maggioli 2013, pag. 418; D. Berloco e R. Calvigioni, *Manuale pratico per l'Ufficiale di stato civile*, Rimini, Maggioli 2012, pag. 28; A. Quarta, *Esame dell'art. 12*, in *Lo stato civile*, A. Quarta e L. Olivieri, Milano, Giuffrè 2001, pag. 94.

81 Cfr. in tal senso art. 451 c.c.

82 In dottrina, *ex plurimis*, B. Meoli, *Della registrazione relativa agli atti di matrimonio*, in P. Stanzione (a cura di), *Il nuovo ordinamento dello stato civile*, Milano, Giuffrè 2001, pag. 257; N. A. Cimmino, *Art. 450*, in *Commentario al codice civile*, P. Cendon (a cura di), Milano, Giuffrè 2009, vol. IV, pag. 1354; I. Cevasco, *art. 450*, in *Commentario al codice civile*, G. Alpa e V. Mariconda (a cura di), Roma, Wolter Kluwers, 2013, Tomo I, pag. 1511) quanto alla giurisprudenza di Cassazione si veda Corte di cassazione, sentenza del 15 marzo 2012, n. 4184.

83 Così come è la stessa circolare Alfano ad indicare.

84 Il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Sezione Terza), sentenza del 9 luglio 2015 depositata 29 settembre 2015.

85 Come nel caso di cui al decreto del Tribunale di Pesaro, 14 ottobre 2014, depositato in dato 21 ottobre 2014, cronologico 13064, in *Articolo29*, www.articolo29.it, il quale dispone in relazione al ricorso presentato dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Pesaro avverso le trascrizioni relative ad un matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero. In questo caso il Tribunale viene attivato per impulso del Procuratore della Repubblica e non di un soggetto terzo non ricompreso nel dettato normativo.

86 *Trattato teorico pratico di diritto penale – Reati contro la fede pubblica*, M. Pelissero e R. Bartoli (a cura di), Torino, Giappichelli, 2011, p. 201.

87 Nei procedimenti innanzi ai Tribunali Amministrativi Regionali del Friuli Venezia Giulia, Lazio, Toscana, Lombardia i ricorsi sono stati presentati dalla associazione Rete Lenford la quale efficacemente ha identificato — secondo una teoria che si ritiene corretta e qui si sposa — la natura delle trascrizioni quali atti pubblici formali con effetto dichiarativo. *Contra* si colloca il

nale la nozione di atto pubblico è unica e coincide con quella di atto pubblico fidefacente, in ambito penalistico si ha una nozione di atto pubblico in senso lato all'interno della quale si devono distinguere due diverse tipologie: l'atto pubblico fidefacente ed il mero atto pubblico⁸⁸. Proprio con riferimento a quest'ultima figura sorgono dei problemi rispetto alla sua differenziazione dal certificato, qualificazione richiamata dal Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio. Rispetto all'atto pubblico fidefacente, la stessa attività di documentazione, è esercizio di una funzione pubblica (certificativa), mentre negli altri atti provenienti dai pubblici ufficiali l'attività di documentazione è strumentale, collegata all'esercizio di una determinata funzione pubblica. Si è però andata affermando l'idea che si debba fare riferimento alla novità o riproduzione degli effetti, di modo che se si tratta di atti che costituiscono diritti ed obblighi o comunque producono effetti nuovi prima inesistenti, offrendo un contributo di conoscenza all'interno del procedimento amministrativo, tali documenti si devono qualificare come pubblici; se invece si tratta di atti che non producono effetti costitutivi, né producono effetti nuovi, né aggiungono informazioni e quindi nella sostanza riproducono quanto già esiste, allora si tratta di certificati⁸⁹. In relazione alle trascrizioni, l'ufficiale di stato civile è tenuto alla verifica che il matrimonio sia conforme alle leggi del luogo in cui è stato celebrato e che non sia contrario all'ordine pubblico (art. 16 e 18, d.p.r. n. 396 del 2000) ed inoltre la trascrivibilità è condizionata al possesso della capacità matrimoniale. Si tratta quindi di una attività che richiede un accertamento preciso da parte del pubblico ufficiale redigente e pertanto ci troviamo di fronte ad un atto pubblico e non ad un certificato. Ancor più precisamente l'art. 451 c.c. attesta che gli atti di stato civile fanno prova fino a querela di falso e tale efficacia si estende a quegli atti formati all'estero e trascritti nei registri dello stato civile⁹⁰. Tale norma, in combinato disposto con quanto previsto sub art. 2699 c.c. fa sì che possa essere pacifica l'identificazione dell'atto pubblico fidefacente con quanto individuato nelle norme civili richiamate.

I commissari ad acta pertanto, operando su un registro perfettamente formato, hanno creato una immutatio veri. Siamo di fronte cioè ad una alterazione, intesa come modificazione fisico materiale della dichiarazione autentica e genuina dopo la sua definitiva formazione. Profilo quest'ultimo tutt'altro che secondario in quanto il momento da cui il documento può dirsi regolarmente formato comporta ricadute sulla problematica della correzione di errori e del delitto tentato. Se infatti il documento non si è ancora formato non si avrà correzione e quindi la modifica apportata risulterà penalmente irrilevante, inoltre fino alla regolare formazione dello stesso non sarà neppure configurabile il tentativo; mentre, di contro, se il documento è già formato rileverà il problema della correzione. Nel caso di specie, di contro, la sola correzione ammessa sui registri di stato civile ad opera dell'ufficiale di stato civile, come ben individuato dall'art. 98 del d. P.R. 396/2000 è quella afferente le correzioni di errori materiali, ipotesi questa ben diversa da quella che stiamo trattando.

Esiste in relazione alla condotta di alterazione di cui all'art. 476 c.p. una specificazione ulteriore. Questa riguarda il rapporto tra atto e pubblico ufficiale. Va cioè considerato in che rapporto si pone il soggetto attivo di reato rispetto alla formazione dell'atto. Si deve in altre parole considerare se il commissario ad acta procedente per nomina del Prefetto agisca nell'esercizio delle sue funzioni o diversamente si trovi in una situazione di vera e propria incompetenza assoluta. La risposta fornisce delle coordinate codicistiche diverse: nel primo caso il soggetto sarà punito ai sensi e per gli effetti dell'art. 476 mentre nel secondo caso opererà l'art. 482 in combinato disposto con l'art. 476 c.p. Come chiarito né il Ministro, né il Prefetto, né il Sindaco hanno poteri di alterazione rispetto al registro di stato civile

Tribunale amministrativo regionale Lazio nella sentenza 12 febbraio – 9 marzo 2015 n. 3907, il quale afferma che “è condivisibile l'orientamento secondo il quale la trascrizione nel registro dell'atto di matrimonio deve intendersi quale atto avente natura amministrativa e non un mero atto pubblico formale con effetto dichiarativo e di certificazione sottratto alla disciplina pubblicistica. Come correttamente osservato dall'amministrazione resistente infatti costituiscono atti amministrativi gli atti giuridici di diritto pubblico compiuti dai soggetti attivi della pubblica amministrazione nell'esercizio di una potestà amministrativa. Tra tali atti, che possono concretizzarsi in atti di accertamento consistenti nella constatazione obiettiva di fatti o situazioni, rientrano i certificati che integrano dichiarazioni di conoscenza di qualità personali di un soggetto o della titolarità di status, capacità o diritti o dell'esistenza di rapporti giuridici”.

88 *Trattato teorico pratico di diritto penale – Reati contro la fede pubblica*, cit. p. 134.

89 Posizione che si ricava dalla elaborazione giurisprudenziale presente in Cassazione penale, sentenza del 14 marzo 2000. In tal senso il Collegio afferma che per aversi certificato devono concorrere due condizioni: che l'atto non attesti risultati di un accertamento compiuto dal pubblico ufficiale redigente ma riproduca attestazioni già documentate; che l'atto pur quando riproduca attestazioni desunte da altri atti già documentati non abbia una propria distinta e autonoma efficacia giuridica ma si limiti a riprodurre anche gli effetti dell'atto preesistente. Conformi: Cassazione penale, sentenza del 24 gennaio 2007 n. 15773; Cassazione penale, sentenza del 26 settembre 2006 n. 35788.

90 Cassazione civile, sentenza del 7 giugno 1993 n. 6363.

in quanto esiste una “espressa e inderogabile garanzia giurisdizionale”⁹¹. Ciò postulerebbe quindi una incompetenza assoluta del Prefetto e del Commissario ad acta incaricato della cancellazione, con la conseguenza che opererebbe il combinato disposto di cui agli artt. 482 e 476 c.p. Di contro la giurisprudenza ha esteso il concetto di esercizio delle funzioni di pubblico ufficiale oltre l’aspetto della mera competenza funzionale potenziale ad adottare l’atto⁹². Si è infatti qualificata come falsità in atto pubblico l’alterazione non solo di atti di cui il pubblico ufficiale è pervenuto in possesso in ragioni del suo ufficio⁹³ ma anche qualora il soggetto eserciti attività di direzione e di controllo nei confronti di chi abbia l’incarico a formare l’atto⁹⁴. Poiché l’art. 9 del d.P.R. 396/2000 conferisce al Ministro il potere di indirizzo ed al Prefetto il potere di vigilanza, possiamo affermare che entrambe le figure si inseriscono — potenzialmente — nell’iter vitae del documento.

Le considerazioni sin qui avanzate sulla natura del documento ed il rapporto tra soggetto agente e atto pubblico alterato portano quindi ad ipotizzare una condotta materiale identificata al comma 2 dell’art. 476 c.p.

La motivazione sottesa nella circolare Alfano, ossia che la “fondamentale funzione di stato civile, esercitata, in ambito territoriale, dal Sindaco nella veste di ufficiale di Governo, sia svolta in piena coerenza con le norme attualmente vigenti che regolano la materia”, non può essere posta a fondamento giustificativo della condotta del Prefetto in quanto “le modifiche o le aggiunte all’atto, dopo che è stato regolarmente e definitivamente formato, integrano un falso punibile anche quando il soggetto abbia agito per stabilire la verità effettuale del documento”⁹⁵. Ciò appare di per sé logico in quanto l’alterazione — al di là dell’ipotesi di correzione di meri errori materiali, espressamente contemplata in una norma ad hoc del d. P.R. 396/00 — anche se compiuta nel senso della verità e quindi altresì “la soppressione di una dichiarazione contenuta in un documento, la sostituzione di una diversa dichiarazione a quella preesistente, l’aggiunta di una nuova dichiarazione anche se conforme a verità”⁹⁶, determinano pur sempre una modificazione della realtà documentale in quanto, per effetto dell’aggiunta postuma, l’atto viene a rappresentare e documentare fatti diversi da quelli che rappresentava e documentava nel suo tenore originario.

Va compiuta in verità una ulteriore riflessione, tanto più obbligata a seguito dell’intervento del Consiglio di Stato che qualifica l’atto come inesistente. Si potrebbe obiettare che la condotta specifica di cui stiamo scorrendo sia penalmente irrilevante in quanto la trascrizione del matrimonio *same-sex* appare essere nulla. Questa obiezione di contro è fallace. La legge penale infatti tutela il documento non per il suo contenuto, quanto per la sua attitudine probatoria. Ecco quindi che l’invalidità del rapporto giuridico rappresentato nell’atto non esclude in alcun modo il delitto di falso previsto sub art. 476 c.p. Altra cosa sarebbe se il documento alterato fosse insuscettibile di protezione penale, ipotesi che si verificherebbe al difettare di uno dei requisiti formali essenziali richiesti dalla legge per il raggiungimento del suo scopo e non che l’atto al momento della falsificazione possa ritenersi valido per istituire o provare un rapporto. Si tratta cioè di muoversi all’interno delle categorie della invalidità o della inesistenza dell’atto. La norma in altre parole non tutela l’atto per la sua validità intrinseca ma per la sua funzione attestativa che è propriamente quella della annotazione nel registro di stato civile. E che di inesistenza non si possa parlare lo si ricava altresì da Cassazione civile 15 marzo 2012 n. 4184 e dalla nota sentenza *Schalk e Kopf c. Austria* emessa dalla Corte europea dei diritti dell’Uomo del 24 giugno 2010, nella lettura quindi di fonte interposta⁹⁷.

91 M. M. Winkler, *La guerra delle trascrizioni tra attivismo sindacale e silenzio del Parlamento: il decreto di Pesaro*, in www.quotidiano-giuridico.it, novembre 2014

92 *Trattato teorico pratico di diritto penale – Reati contro la fede pubblica*, cit. p. 196.

93 Cfr. Cassazione penale, sentenza del 30 aprile 1996 in CED rv 205132 e conforme Cassazione penale, sentenza del 14 giugno 2005 in CED 233036.

94 Cassazione penale, sentenza del 18 marzo 1998.

95 Cassazione penale, sentenza n. 23327 del 2004.

96 Cfr. Cassazione penale, sentenza n. 7990 del 2000.

97 Per i riferimenti sia alla sentenza della Corte di cassazione 4184/2012 che per la sentenza *Schalk e Kopf c. Austria* si rimanda a *Articolo29*, www.articolo29.it.

6.4.1. La lesione di una prerogativa

Si è detto in precedenza che l'art. 95 del d.P.R. 396/2000 prevede una riserva di giurisdizione per quanto riguarda la procedura di rettificazione di un atto dello stato civile. Posizione che i Tribunali amministrativi regionali intervenuti hanno sostenuto⁹⁸: "in altre parole la Circolare del Ministro Alfano prima e l'intervento del Prefetto poi non appaiono corretti sotto il profilo giuridico perché vanno a ledere prerogative e compiti propri della Procura della Repubblica ex art. 75 ordinamento giudiziario"⁹⁹; "dal tenore dell'insieme di tali disposizioni si evince che il sistema dello stato civile prevede puntuali possibilità di intervento sui registri dello stato civile, tra cui non è compresa quella posta in essere dal Prefetto di Roma"¹⁰⁰; "in sostanza, dalle norme richiamate si evince che un intervento, quale quello posto in essere nel caso di specie, compete solo all'Autorità giudiziaria ordinaria"¹⁰¹; "le disposizioni di legge e regolamenti in rassegna non contemplano il potere dell'ufficiale dello stato civile di intervenire in autotutela a rimuovere o modificare i propri atti"¹⁰²; "in materia di stato delle persone non può ammettersi un intervento atipico dell'autorità amministrativa, ma si deve affidare ad un organo indipendente la sua definitiva conformazione"¹⁰³. Di contro non appare configurabile quanto sub art. 347 c.p. Secondo un consolidato indirizzo esegetico, la previsione legislativa di cui all'art. 347 c.p., presidia l'interesse dello Stato ad assicurare agli organi competenti l'esclusivo potere di disporre della titolarità dell'esercizio delle pubbliche funzioni e dei pubblici servizi¹⁰⁴. Nel caso che ci riguarda, coinvolto non è solo l'interesse al buon andamento, imparzialità, regolare funzionamento dell'amministrazione ma anche la struttura organizzativa¹⁰⁵ dell'amministrazione in quanto lo Stato vede un soggetto sfornito di investitura arrogarsi dei compiti che non gli sono propri scompaginando così, alle sue radici, la funzione stessa dell'amministrare in nome e per conto dello Stato¹⁰⁶. L'art. 95 del d. P.R. 396/2000 pone in capo al giudice ordinario il compito di procedere attraverso sentenza da annotarsi nei registri di stato civile alla rettificazione dello *status personae*. Il giudice ordinario per l'appunto e non altre figure dell'ordinamento. Tale potere in capo al Prefetto non può trovare fondamento in quello che è stato individuato come l'atto attributivo del potere stesso, ossia la circolare Alfano, in quanto il Ministro in primis non è individuato come organo competente. In altre parole, prendendo in prestito la nota massima civilistica, potremmo altresì dire *che nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*. La delimitazione dello spazio applicativo della norma non può non tenere conto del fatto che a svolgere la condotta usurpatrice è, di fatto, un pubblico ufficiale. Appare in questo senso dirimente l'analisi compiuta in relazione al richiamato art. 95 del d. P.R. 396/2000 in quanto ai fini dell'applicazione dell'art. 347 c.p. è necessario che venga compiuta una attività propria di una funzione del tutto estranea alla sfera delle attribuzioni del pubblico ufficiale agente¹⁰⁷. Si richiede in altre parole una incompetenza assoluta in capo al pubblico ufficiale e non solo lo straripamento di potere (che configurerebbe al più un abuso di ufficio).

Se l'elemento oggettivo del reato è così ipotizzabile ben più delicata è la riflessione attorno all'elemento soggettivo che parrebbe invece escluderne l'applicazione. Il dolo richiesto è sì generico ma l'impossessamento delle funzioni, come noto, deve avvenire arbitrariamente. In altre parole non può mancare in capo al soggetto agente la consapevolezza dell'insussistenza di condizioni legittimanti l'esercizio

98 *Contra* Tribunale amministrativo regionale, Veneto, Sez. I, sentenza 29 luglio 2015 n. 878, in *Articolo29*, www.articolo29.it.

99 In tal senso la Procura della Repubblica di Udine con riferimento all'esposto presentato dalla associazione Rete Lenford: <http://www.retelenford.it/774-la-procura-di-udine-d%C3%A0-ragione-a-rete-lenford-e-riconosce-che-il-Prefetto-non-pu%C3%B2-cancellare-le-trascrizioni.html>.

100 Così Tribunale amministrativo regionale, Lazio sez. I – ter, sentenza 12 febbraio – 9 marzo 2015, n. 3907, in *Articolo29*, www.articolo29.it.

101 Si veda Tribunale amministrativo regionale, Friuli Venezia Giulia, sez. I, 21 maggio 2015 n. 228, in *Articolo29*, www.articolo29.it.

102 Tribunale amministrativo regionale, Toscana, sez. I, 25 settembre 2015 n. 1291, in *Articolo29*, www.articolo29.it.

103 Tribunale amministrativo regionale, Lombardia, sez. III, sentenza 29 settembre 2015, n. 2037, in *Articolo29*, www.articolo29.it.

104 In *Codice penale commentato*, E. Dolcini e G. Marinucci (a cura di) 2^a ed. Milano, Ipsoa, 2006, volume 1: Artt. 1-384bis p. 238.

105 D. Minardi, sub art. 347 c.p. in *Trattato di Diritto Penale - Parte Generale e Speciale - Riforme 2008-2015*, A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (a cura di), II, Torino, UTET, 2015, p. 719.

106 A. Pagliaro, *Usurpazione di funzioni pubbliche (voce)*, in *Enciclopedia del diritto XLV* Milano, Giuffrè, 1992, pp. 414 ss.

107 Cassazione penale, sezione VI, sentenza del 12 novembre 2001 n. 45265.

di potere¹⁰⁸. Arbitrarietà che, per di più, la dottrina ritiene sia un requisito implicito nella nozione stessa di usurpazione tanto che si escluderebbe la sussistenza del reato allorché il titolo di nomina esistesse ma fosse illegittimo¹⁰⁹.

6.4.2. Collisioni di doveri¹¹⁰

Incombe, nell'economia di questa riflessione, un'ultima considerazione che richiama il postulato della coerenza o non contraddizione dell'ordinamento giuridico¹¹¹. Le azioni del Prefetto trovano ragione nell'esecuzione di un ordine proveniente dal Ministro dell'Interno. Inevitabile quindi verificare se, nel caso di specie, possa trovare applicazione la scriminante dell'adempimento del dovere derivante da un ordine dell'Autorità. In altre parole incombeva sul Prefetto il dovere di interrogarsi se l'ordine ricevuto fosse legittimo sia da un punto di vista formale¹¹² (in particolare la competenza del superiore gerarchico ad emanare l'ordine e quella del subordinato ad eseguirlo) sia sotto profili sostanziali: ossia se il Ministro poteva imporre ai prefetti, soggetti gerarchicamente sottordinati, determinati comportamenti astrattamente configurabili come reato¹¹³. Secondo la ricostruzione proposta l'ordine proveniente dal Ministro deve, per le ragioni più sopra esplicitate, configurarsi come illegittimo e pertanto dei possibili reati — in specie del reato di cui all'art. 476 comma 2 c.p. — risponde non solo il superiore gerarchico che ha istigato alla commissione ma anche l'esecutore. Gioco forza l'attenzione del giurista viene catalizzata dall'art. 51 comma 3, ipotizzando che il subordinato stava eseguendo, a suo dire, un ordine legittimo, aspetto questo che escluderebbe il dolo. Ne discende che si realizzerebbe un errore scusabile di interpretazione delle norme che disciplinano i poteri del soggetto che ha impartito l'ordine¹¹⁴. Eppure, a ben vedere, nella storia della Repubblica non sono rinvenibili casi di un intervento diretto dei Prefetti, volti alla cancellazione, sui registri di stato civile degli status dei cittadini. Aspetto che avrebbe dovuto indurre, unitamente alle numerose diffide inviate nonché all'esplicito contenuto del Massimario per l'ufficiale di stato civile emanato dallo stesso Ministero ad un sindacato circa il rispetto dei requisiti formali e sostanziali ben più approfondito. La pronta ed incondizionata obbedienza che risiede nella presunzione di legittimità accordata dall'ordinamento ai comandi espressi dai superiori gerarchici¹¹⁵ doveva trovare infine, da parte dei prefetti intervenuti successivamente all'intervento della Procura di Udine¹¹⁶ una smentita con un contestuale travolgimento del dovere di obbedienza. C'erano elementi sufficienti per far nascere nei Prefetti (segnatamente quelli intervenuti con cancellazione successivamente al rappresentante dell'Esecutivo presso la provincia di Udine) il dubbio che la circolare fosse *contra legem*. Il dolo richiesto — e qua si fa riferimento all'ipotesi contemplata dall'art. 476 c.p. — si esaurisce nella coscienza e volontà dell'immutazione del vero¹¹⁷ e la giurisprudenza ricorda come questo vada sempre rigorosamente provato escludendolo tutte le volte in cui risulti essere dovuto a una leggerezza o negligenza non essendo prevista la figura del falso documentale colposo e dovendosi escludere il dolo in re ipsa nel delitto di falso in atto pubblico¹¹⁸. Indubbiamente, nel reato de quo, il dolo non si presenta in forma eventuale, figura tipica dei reati di evento, di contro può essere recuperata la riflessione fatta dalle Sezioni

108 L'eventuale errore — e nel caso de quo non si può non considerare l'errore di fatto o su legge extrapenale — escluderebbe il dolo ex art. 47 commi 1 e 3 c.p.

109 Cfr. A. Pagliaro, cit. p. 414 e M. Cassano, sub art. 347, in G. Lattanzi E. Lupo, *Codice Penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Vol VII. In questo caso il titolo illegittimo è rappresentato dalla Circolare Alfano.

110 A. Baratta, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 115.

111 *Codice penale commentato* volume 1: Artt. 1-384bis., E. Dolcini, G. Marinucci (a cura di) Milanofiori Assago, Ipsoa 2006, 2. Ed. - sub art. 51 F. Vigandò, p. 536.

112 Sul cui sindacato la dottrina ritiene che non vi siano ostacoli, come ricorda G. De Vero, *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 355.

113 C.F. Grosso. M. Pelissero, D. Petrini, P. Pisa, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 296.

114 C.F. Grosso. M. Pelissero, D. Petrini, P. Pisa, cit., p. 297.

115 G. De Vero, *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 356.

116 i cui contenuti erano stati resi pubblici direttamente dalla Associazione Rete Lenford in <http://www.retelenford.it>

117 In tal senso la giurisprudenza prevalente: si veda quanto richiamato in G. De Amicis, *Codice Penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, G. Lattanzi, E. Lupo (a cura di), Milano, Giuffrè, 2010, p. 264.

118 Cfr. Cassazione penale, sentenza del 21 febbraio 2000 n. 1963.

Unite nel 2009 nella nota sentenza Nocera¹¹⁹ dove si afferma che il dolo eventuale è figura di costruzione giurisprudenziale e dottrinale e non vi è ragione di ritenere che debba riferirsi unicamente al solo evento del reato e che l'atteggiamento psicologico nel quale la si fa consistere possa riguardare anche i presupposti. E' per l'appunto sul presupposto del potere in capo al Ministro che i prefetti dovevano rivolgere una attenta riflessione. C'erano ragioni sufficienti per ritenere fondata l'opportunità di non eseguire l'ordine illegittimo. Come ricordato infatti vi erano state intimidazioni da parte della Associazione Rete Lenford rivolte ai massimi vertici dello Stato, dichiarazioni dei Sindaci coinvolti i quali evidenziavano come la circolare fosse illegittima; una normativa interna, ad uso e consumo proprio degli ufficiali di stato civile emessa direttamente dal Ministero dell'Interno, assolutamente chiara, che evidenziava come solo la magistratura ordinaria fosse titolata a disporre una eventuale cancellazione (tacendo di tutte quelle norme che evidenziavano poi tale competenza); per arrivare addirittura ad un provvedimento di un pubblico ministero — noto agli organi di stampa¹²⁰ — il quale definiva la circolare nei termini sopra richiamati. Vi erano in altre parole sufficienti ragioni per indurre i Prefetti ad un vaglio sulla eventualità che tale circolare fosse illegittima suggerendo un più prudente atteggiamento di astensione dal porre in essere una condotta modificativa dei registri di stato civile".

119 Cassazione penale Sezioni Unite, sentenza del 26 novembre 2009 n. 12433 in *Diritto penale contemporaneo* www.penalecontemporaneo.it 2010.

120 E appare difficile passare sotto silenzio quanto apparso sugli organi di stampa e in particolare quanto dichiarato da Franco Bechis nel suo articolo pubblicato su *Libero* il 29 ottobre 2014 ove si legge che ad Alfano era stato suggerito dai suoi consulenti politici che "se non vuoi sparire del tutto, mettiti al centro delle battaglie a difesa della famiglia tradizionale. Lì non presidia più nessuno, nemmeno la Chiesa. Battiti contro i matrimoni gay, le unioni civili, le adozioni a coppie dello stesso sesso. Fai il difensore dei valori tradizionali come aveva fatto la chiesa fino a papa Ratzinger. Secondo noi quel terreno in politica ha uno spazio che vale almeno il sei per cento. Occupalo prima di avere concorrenti" (cfr <http://www.liberoquotidiano.it/news/politica/11713912/I-consulenti-ad-Alfano--Se.html>).

Silvia Marino*

La trascrizione degli atti di stato civile: quale futuro per i matrimoni contratti all'estero fra persone dello stesso sesso nell'ambito dell'Unione europea?

Sommario

1. Introduzione – 2. La trascrizione degli atti di matrimonio *same-sex* in Italia: punto di arrivo o punto di partenza? – 3. Stimoli provenienti dall'Unione europea: il futuro regolamento sulla trascrizione degli atti di stato civile – 4. (*segue*) il principio del mutuo riconoscimento come strumento per la circolazione degli *status* personali – 5. (*segue*) ...e i suoi limiti? – 6. Conclusioni: la necessità di un intervento legislativo e plausibili soluzioni

Abstract

Da qualche anno in Italia la lotta per il riconoscimento del matrimonio fra persone dello stesso sesso si è focalizzata sull'ammissibilità della trascrizione dell'atto di stato civile formato all'estero. La giurisprudenza italiana non esprime un orientamento coerente a seguito delle due note sentenze della Corte di cassazione del 2012 e del 2015. Il presente lavoro si concentra sul solo problema della trascrizione dell'atto, valutando se e come il futuro regolamento dell'Unione europea in materia di accettazione dei documenti pubblici e il principio del mutuo riconoscimento degli *status* giuridici possano influire sull'impostazione della giurisprudenza. Nell'attesa degli stimoli provenienti dall'Europa, talune soluzioni parziali possono già essere rinvenute nel nostro ordinamento.

The fight for the recognition of same-sex marriages in Italy has moved in recent years towards the registration of the public documents on civil status. In this moment, the Italian case law after the Supreme Court (Corte di cassazione) judgments in years 2012 and 2015 doesn't seem coherent. The present paper addresses the question of the registration of foreign public documents. The focus is on the effect in our jurisdiction of the future EU Regulation on acceptance of certain public documents in the European Union and of the principle of mutual recognition of civil status acquired abroad. In the meantime, some partial solutions can be already found in the Italian rule of law.

1. Introduzione

Il presente contributo intende analizzare la specifica questione della trascrivibilità in Italia dell'atto di stato civile relativo al matrimonio contratto fra persone dello stesso sesso. Premessi alcuni cenni sulle note posizioni della giurisprudenza italiana, si intende approfondire se esistono strumenti normativi in grado di superare il costante diniego di trascrivere i certificati stranieri di matrimonio *same-sex* nei registri pubblici italiani, con particolare riferimento agli obblighi provenienti dall'Unione europea. Conclusivamente, saranno proposte alcune considerazioni relative alla coerenza stessa del nostro ordinamento, fornendo una possibile base per un'immediata inversione di tendenza della giurisprudenza.

* Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università dell'Insubria. Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

La trascrizione di un atto di stato civile si distingue dal riconoscimento del rapporto sottostante, poiché ha, come noto, effetto di pubblicità dichiarativa, e non costituisce, né introduce nell'ordinamento, lo stato certificato. L'ammissibilità o addirittura l'obbligatorietà della trascrizione non è lo strumento idoneo per la garanzia della continuità di *status* della coppia¹. Tuttavia, il discorso non è solo diretto a individuare quali siano gli obblighi dell'ufficiale di stato civile di fronte a un atto pubblico straniero. Infatti, la trascrizione potrebbe avere nell'immediato un significato simbolico per la coppia, che vedrebbe accettato e rispettato in Italia il rapporto formato all'estero², e, in una prospettiva futura, costituire un primo passo per il riconoscimento del matrimonio fra persone dello stesso sesso in quanto tale.

Sebbene idealmente la trascrizione dell'atto e il riconoscimento del rapporto siano due questioni autonome, la loro netta separazione non è praticamente agevole. È infatti facile ritenere che dalla prima consegua necessariamente la seconda, come traspare dalla stessa nota sentenza della Corte di cassazione nel 2012³: poiché l'istituto è *inidoneo* a produrre effetti giuridici in Italia (questione relativa al riconoscimento), allora non può essere trascritto.

2. La trascrizione degli atti di matrimonio *same-sex* in Italia: punto di arrivo o punto di partenza?

Non essendo l'*inidoneità* un vizio tipico dei negozi giuridici nel nostro ordinamento⁴, non sono ancora chiarite le conseguenze di questa sentenza. La giurisprudenza italiana è incerta: sebbene sia prevalente la tendenza a negare la possibilità di trascrivere i matrimoni fra persone dello stesso sesso contratti all'estero, si riscontano importanti eccezioni.

Fra queste ultime rientrano le sentenze del tribunale di Grosseto e della Corte d'appello di Napoli, che hanno fatto derivare dall'*esistenza* del matrimonio e dalla sua conformità con l'ordine pubblico interno la trascrivibilità del relativo atto di stato civile⁵. Le motivazioni contengono altresì valutazioni sul rispetto dei diritti fondamentali e sulle recenti evoluzioni sociali e della giurisprudenza internazionale.

Nello stesso arco di tempo, tuttavia, il Tribunale di Milano⁶ ha motivato l'intrascrivibilità sul fondamento del principio di tassatività della trascrizione e dell'*inidoneità* del matrimonio fra persone dello stesso sesso a produrre effetti giuridici nell'ordinamento italiano. Ancora qualche mese dopo il Tribunale di Pesaro si è pronunciato nel senso tradizionale dell'impossibilità di trascrizione per inesistenza dell'istituto⁷. Più recentemente, il Consiglio di Stato ha fondato l'intrascrivibilità sull'*inattitudine* del rapporto a produrre effetti giuridici in Italia⁸.

- 1 Per tutti: R. Baratta, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, in *Recueil des Cours*, 2010, t. 348, pp. 253 ss.
- 2 A. Bucher, *La migration de l'état civil*, in *A Commitment to Private International Law*, Cambridge, Antwerp, Portland, The Permanent Bureau of The Hague Conference on Private International Law (ed.), 2013, p. 111.
- 3 Corte di cassazione, sentenza del 15 marzo 2012, n. 4184, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2012, p. 747. Per alcune osservazioni puntali e fondamentali sulla sentenza: M.M. Winkler, *I matrimoni same-sex stranieri di fronte alla Cassazione*, in *Int'l Lis*, 2012, pp. 7 ss.
- 4 G. Viggiani, *Il matrimonio "inidoneo". Esistenza, validità ed efficacia del matrimonio tra persone dello stesso sesso in Italia*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2015, p. 146.
- 5 Tribunale di Grosseto, sentenza del 3 aprile 2014, in questa *Rivista*, 2014, pp. 253 ss., riformata per motivi attinenti alla notifica del ricorso da: Corte d'appello di Firenze, sentenza del 23 settembre 2014, in questa *Rivista*, 2014, p. 255; e quindi, riassunto il procedimento: Tribunale di Grosseto, decreto del 17 febbraio 2015, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2015; Corte d'appello di Napoli, sezione persona e famiglia, sentenza del 13 marzo 2015, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2015. Il dibattito sulle decisioni dei giudici toscani è molto vivo in questa *Rivista*: M. Acerno, *Il ruolo delle Corti nella nozione di famiglia e matrimonio*, *ibidem*, 2014, p. 57; G. Biagioni, *La trascrizione dei matrimoni same-sex conclusi all'estero nel recente provvedimento del Tribunale di Grosseto*, *ibidem*, pp. 196 ss.
- 6 Tribunale di Milano, decreto del 2 luglio 2014 e decreto del 17 luglio 2014, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2014. Gli esiti sono confermati dalla Corte d'appello di Milano, sentenza del 15 marzo 2015 (9 novembre 2015), sebbene in quest'ultima decisione si rilevi una maggior apertura rispetto ai matrimoni *same-sex*. Infatti, non sarebbero trascrivibili non in quanto inesistenti o inidonei, ma perché non conformi alla legislazione ordinaria italiana (pur compatibile con il dettato costituzionale).
- 7 Tribunale di Pesaro, sentenza del 14 ottobre 2014, in questa *Rivista*, 2014, pp. 257 ss.
- 8 Consiglio di Stato, sentenza del 26 ottobre 2015, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2015.

La confusione è tale per cui si è giunti persino a riconoscere lo *status* di coniuge ai soli fini del ri-congiungimento familiare⁹. La nostra giurisprudenza quindi ammetterebbe la produzione di certi effetti del rapporto (fondamentali anche per la politica migratoria italiana), ma non la formale trascrizione dell'atto pubblico straniero.

In questo contesto, alcuni sindaci, in qualità di ufficiali di stato civile, hanno trascritto certificati di matrimonio celebrati all'estero, ritenendo di esservi obbligati al fine di tutelare il diritto alla vita familiare della coppia. Questa prassi ha suscitato l'ostilità del Ministro degli Interni che, nella circolare del 7 ottobre 2014, ha richiesto ai Prefetti di invitare i sindaci a non trascrivere questi atti, o a cancellare l'iscrizione o, in caso di inerzia, a procedere all'annullamento d'ufficio. Con sentenza del 2 febbraio 2015 il Tar Lazio¹⁰ ha annullato la suddetta nota circolare (e il "decreto di annullamento della trascrizione" emesso dal Prefetto), poiché il d.p.r. 396/2000 non attribuisce ai Prefetti poteri di indirizzo dell'attività del sindaco in quanto ufficiale di stato civile, né di interventi diretti sui registri di stato civile. Il Tar non si limita alla valutazione della correttezza formale degli atti impugnati, ma si pronuncia anche sull'interesse controverso: ne è affermata l'intrascrivibilità per l'inidoneità del rapporto alla produzione di effetti. Analoghe valutazioni sono contenute nella successiva sentenza del Tar Friuli Venezia Giulia¹¹. In estrema sintesi, non sarebbero sorti negli ultimi anni nuovi obblighi internazionali che inducano un mutamento rispetto all'attuale orientamento negativo.

Le giurisdizioni richieste di risolvere questioni attinenti alla mera trascrizione, siano esse ordinarie o amministrative, compiono quindi valutazioni sul contenuto del rapporto, deducendo dall'*inidoneità* di quest'ultimo l'impossibilità di darne pubblicità nei registri anagrafici. La giurisprudenza italiana ha, da un lato, superato il limite dell'ordine pubblico, previsto anche dall'art. 18 d.p.r. 396/2000 (ed è il punto di arrivo)¹², senza, dall'altro lato, ammettere la trascrizione degli atti di matrimonio, per motivi attinenti al contenuto del rapporto. Questo è un nuovo punto di partenza: la prossima sfida è costituita dal tentativo di superamento o almeno di arginamento dell'ostacolo posto dall'*inidoneità* del rapporto a produrre effetti.

A tal fine, è opportuno ricordare che, ai sensi degli artt. 17 e seguenti del d.p.r. 396/2000, per l'aggiornamento dei registri pubblici è sufficiente la legalizzazione, laddove prevista e salvo l'ordine pubblico. Il riferimento all'*inidoneità*, e quindi al contenuto dell'atto consente tuttavia di verificare la tipologia di *status* certificato e di rifiutare eventualmente la trascrizione nonostante la regolarità formale¹³ e l'assenza di manifesto contrasto con l'ordine pubblico (art. 16). Lo stesso ragionamento sarebbe possibile, qualora fosse applicabile una delle Convenzioni internazionali di cui è parte l'Italia, con le quali

9 Tribunale di Reggio Emilia, decreto del 23 febbraio 2012, in *Foro italiano*, 2012, I, 2727; Tribunale di Pescara, ordinanza del 15 gennaio 2013 (18 maggio 2013), in *Famiglia e diritto*, 2013, pp. 790 ss., su cui: G. Genova, *Anche il coniuge dello stesso sesso del cittadino comunitario ha diritto di stabilirsi in Italia ai sensi del T.U. sulla circolazione e sul soggiorno dei cittadini dell'U.E.*, in *Famiglia e diritto*, 2013, pp. 792 ss.

10 Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sezione prima-ter, sentenza del 12 febbraio 2015, n. 3907, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2015.

11 Il Tribunale amministrativo regionale del Friuli-Venezia Giulia, prima sezione, sentenza del 13 maggio 2015, n. 228, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2015 si basa *a fortiori* su una più recente sentenza della Corte di cassazione (Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenza del 30 ottobre 2014, n. 2400, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2015) a conferma dell'intrascrivibilità dell'atto di stato civile e dell'impossibilità di procedere alle pubblicazioni matrimoniali in Italia per una coppia dello stesso sesso.

12 Alcune giurisdizioni hanno fatto anche riferimento agli artt. 65 e 66 della legge 31 maggio 1995, n. 218, sui provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone, e ai rapporti di famiglia, e sui provvedimenti di volontaria giurisdizione. Ad avviso di chi scrive, il richiamo è improprio, poiché l'ambito di applicazione di queste norme non riguarda gli atti amministrativi. Nello stesso senso: A. Davì, *Le questioni generali di diritto internazionale privato nel progetto di riforma*, in *La riforma del diritto internazionale privato e processuale. Raccolta in ricordo di Edoardo Vitta*, G. Gaja (a cura di), Milano, Giuffrè, 1994, pp. 45 ss.; R. Baratta, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 104; B. Nascimbene, *Il matrimonio del cittadino italiano all'estero e dello straniero in Italia*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, vol. II, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, p. 1540; F. Mosconi, C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale - Vol. I: Parte generale e obbligazioni*, Torino, UTET, 2015, p. 368. *Contra*: L. Scaffidi Runchella, *Il riconoscimento delle unioni same-sex nel diritto internazionale privato italiano*, Napoli, Jovene, p. 284.

13 Quest'ultima invece andrebbe valutata in base alla legge del luogo dello Stato di formazione dell'atto, in quanto suo paese di origine. Diverso è il discorso quanto alla forma del matrimonio che, ai sensi dell'art. 28 della l. n. 218/95, deve essere verificata sul fondamento della legge del luogo della celebrazione, o della cittadinanza di uno dei coniugi o della residenza comune al momento della celebrazione.

viene abolita la legalizzazione¹⁴. Il riferimento al tipo di rapporto certificato, infatti, sembra idoneo a superare qualsiasi possibilità di facilitazione formale nella trascrizione del documento.

Deve tuttavia essere rilevato che lo stesso problema sussiste in altri ordinamenti. Laddove non sia possibile riconoscere *sic et simpliciter* il matrimonio fra persone dello stesso sesso, le posizioni delle giurisdizioni nazionali sono prevalentemente due: o ne viene negato qualsiasi effetto, sulla base o dell'ordine pubblico, o dell'inesistenza dell'istituto nell'ordinamento¹⁵; oppure il matrimonio viene convertito in un'unione registrata, come accade in Germania, Svizzera, Finlandia e accadeva nel Regno Unito prima dell'introduzione del matrimonio *gender neutral*¹⁶.

3. Stimoli provenienti dall'Unione europea: il futuro regolamento sulla trascrizione degli atti di stato civile

In questo complesso quadro si inserirà il futuro regolamento dell'Unione europea sull'accettazione di alcuni documenti pubblici¹⁷. La proposta è attualmente in discussione, ma le modifiche apportate dal Consiglio nel giugno 2015 sembrano averne definito il contenuto.

L'obiettivo è dato dalla semplificazione dell'accettazione dei documenti di stato civile formati e certificati in uno Stato membro. Fondamentale, ad avviso di chi scrive, è il chiarimento stabilito nell'art. 2, par. 2 della proposta, per cui la nuova disciplina non avrà ad oggetto il mutuo riconoscimento di *status* acquisiti o costituiti all'estero¹⁸. Nell'ambito di applicazione del futuro regolamento rientrano i documenti pubblici relativi al matrimonio. La novità è costituita dall'esenzione di qualsiasi legalizzazione o

- 14 Sia sufficiente ricordare la Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 sull'abolizione della legalizzazione per gli atti pubblici stranieri, e la Convenzione del 25 maggio 1987 che abolisce la legalizzazione dei documenti negli Stati membri dell'Unione europea, in vigore tuttavia in soli sette paesi. Lo strumento della postilla è stato di recente informatizzato: http://www.hcch.net/index_fr.php?act=publications.details&pid=4945&dtid=49. In proposito: C. Bermasconi, *The Electronic Apostille Program (e-APP): Bringing the Apostille Convention in the Electronical Era*, in *Entre Brusela y la Haya: Liber Amicorum Alegrí Borrás*, J. Forner, C. González, R. Viñs (a cura di), Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 199. Per una recente analisi delle Convenzioni sulla facilitazione della circolazione degli atti di stato civile: C. Azcárraga Monzonís, *New Developments in the Scope of the Circulation of Public Documents in the European Union*, in *Zeitschrift für Zivilprozess international: Jahrbuch des internationalen Zivilprozessrechts*, 2013, pp. 245 ss.
- 15 B. Tobin, *Recognition of Canadian Same-sex Marriage: "Zappone and Gilligan v Revenue Commissioners and Others"*, in *Irish Human Rights Law Review*, 2010, pp. 217 ss.; C. O'Mahony, *Principled Expediency: How the Irish Courts can compromise on Same-Sex Marriage*, in *Dublin University Law Journal*, 2012, pp. 199 ss.; P.A. Cornejo Aguilera, *Matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero y sus efectos jurídicos en Chile. Análisis crítico del artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil*, in *Revista Tribuna Internacional*, 2013, pp. 9 ss. In Irlanda le difficoltà saranno con ogni probabilità superate a seguito del referendum del maggio 2015, in cui il 62% dei votanti si è espresso a favore dell'introduzione del matrimonio fra persone dello stesso sesso nell'ordinamento (<http://www.irishtimes.com/news/politics/ireland-becomes-first-country-to-approve-same-sex-marriage-by-popular-vote-1.2223646>). Il netto esito referendario non potrà che stimolare gli organi legislativi a una pronta approvazione di una legge disciplinante l'istituto, alla quale non potrà che conseguire, logicamente (e giuridicamente sulla base del principio di non discriminazione) la riconoscibilità dei matrimoni omosessuali contratti all'estero e la trascrizione dei relativi atti di stato civile.
- 16 A. Röthel, *Anerkennung gleichgeschlechtlicher Ehen nach deutschem und europäischem Recht*, in *IPRax*, 2006, pp. 250 ss.; C. González Beilfuss, *The Proposal for a Council Regulation on the Property Consequences of Registered Partnerships*, in *Yearbook of Private International Law*, 2011, p. 187; U.P. Gruber, *Le mariage homosexuel et le droit international privé allemand*, in *Revue critique de droit international privé*, 2013, pp. 65 ss. Per talune considerazioni di diritto comparato: M. Sáez, *Same Sex Marriage*, in *General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law. Rapports généraux du XVIIIème congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé*, K.B. Brown, D.V. Snyder (ed.), Dordrecht, Heidelberg, London, New York, Springer, 2012, p. 130; R. Torino, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 172 ss.; D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino (ed.), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Dordrecht, Heidelberg, London, New York, Springer, 2014.
- 17 Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che promuove la libera circolazione di cittadini e imprese semplificando l'accettazione di alcuni documenti pubblici nell'Unione europea e che modifica il regolamento (UE) n. 1024/2012, Bruxelles, 24 aprile 2013, COM(2013) 228 final, 2013/0119 (COD).
- 18 S. Marino, *Cooperazione amministrativa e circolazione delle persone: verso il riconoscimento automatico degli atti di stato civile?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, pp. 964 ss. Il Libro Verde Meno adempimenti amministrativi per i cittadini. Promuovere la libera circolazione dei documenti pubblici e il riconoscimento degli effetti degli atti di stato civile, Bruxelles, 14 dicembre 2010, COM(2010) 747 definitivo, suggeriva di introdurre norme sull'automatico riconoscimento di alcuni *status*, come la filiazione, l'adozione, il nome. Non ne è seguita tuttavia la relativa proposta.

formalità analoga (art. 4 della proposta), con una disciplina di favore per l'interessato quanto alla (generalmente non necessaria) presentazione di copie autentiche e di traduzioni dell'atto al momento della richiesta di iscrizione, trascrizione, annotazione o qualsiasi aggiornamento dei registri pubblici (artt. 5 e 6). Solo qualora sussistano gravi dubbi circa l'autenticità dell'atto (art. 7 della proposta), l'autorità competente può richiedere informazioni al paese d'origine. Inoltre, sono istituiti moduli *standard* multilingue, che secondo l'originaria proposta del 2013 avrebbero potuto sostituire gli atti pubblici nazionali come forma alternativa di documentazione, ma che secondo l'ultima versione del giugno 2015 avrebbero un effetto più limitato, cioè di supporto per la traduzione, allegati ai documenti pubblici nazionali. La semplificazione nella circolazione degli atti si ottiene pertanto eliminando qualsiasi formalità nel momento della loro trasmissione¹⁹.

Il futuro regolamento non assume alcuna posizione sul matrimonio fra persone dello stesso, in assenza di competenza dell'Unione europea in materia di diritto di famiglia. Pertanto, semplificando l'accettazione del documento pubblico, apparentemente la sua entrata in vigore non sarà suscettibile di modificare l'attuale posizione italiana, e in particolare lo stretto collegamento che si pone fra accettazione dell'atto e riconoscimento del rapporto sottostante. Tuttavia, alcuni elementi depongono in senso contrario.

In primo luogo, nelle modifiche alla proposta apportate nel giugno 2015 traspare la perfetta neutralità sessuale. Il modulo multilingue relativo al matrimonio fa riferimento al "coniuge 1" e al "coniuge 2", e consente di lasciare il sesso indeterminato. Come dovrebbe quindi procedere l'ufficiale di stato civile davanti a documenti pubblici ed allegati che non specificano il sesso dei coniugi²⁰? Ad avviso di chi scrive, si tratterebbe di un dubbio sul contenuto dell'atto e quindi non potrebbe essere richiesta la cooperazione dell'autorità amministrativa dello Stato d'origine. L'unica possibilità consisterebbe nella trascrizione. Infatti, anche nell'ottica del solo ordinamento italiano, sarebbe molto più grave, in termini di lesione dell'identità personale e del diritto alla vita familiare, non trascrivere un matrimonio eterosessuale (che tale è, sebbene non appaia) contratto all'estero, rispetto all'inserimento nei nostri registri di un istituto sconosciuto.

In secondo luogo, l'espressa esclusione di qualsiasi conseguenza sul riconoscimento dello *status* certificato nel documento pubblico potrebbe eliminare i timori circa gli effetti del matrimonio in Italia.

Infine, il considerando n. 5 come risultante dalle modifiche approvate a giugno 2015 stabilisce che il regolamento dovrebbe applicarsi ai documenti pubblici "il cui obiettivo principale è accertare uno dei seguenti fatti", fra cui è indicata "la capacità di contrarre matrimonio". L'atto pubblico straniero certifica pertanto la capacità speciale in forza del diritto (materiale, o di conflitto, nel caso di coppie transfrontaliere) del paese di celebrazione del matrimonio. Ammesso che sia chiaro che si tratti di un matrimonio fra persone dello stesso sesso, possono presentarsi due situazioni.

Se i coniugi sono cittadini italiani residenti in Italia, recatisi in un altro Stato membro al solo fine di contrarre matrimonio, la valutazione operata all'estero quanto alla capacità degli interessati a contrarre

19 Nell'ambito del presente studio non si ritiene rilevante la semplificazione realizzata dal Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000, in GUCE., L 338 del 23 dicembre 2003, p. 1 nella circolazione delle decisioni giudiziarie e degli atti pubblici formati e aventi efficacia esecutiva in uno Stato membro nonché gli accordi tra le parti aventi efficacia esecutiva. In primo luogo, infatti, l'atto di stato civile non corrisponde ad alcuno di questi documenti. In secondo luogo, anche qualora si volesse forzare il dato letterale, il regolamento ha un campo di applicazione limitato "al divorzio, alla separazione personale e all'annullamento del matrimonio" (art. 1, par. 1, lett. a)), e quindi alla fine del rapporto matrimoniale. Ciò non esclude che il regolamento sia applicabile allo scioglimento del matrimonio omosessuale: A. Bucher, *La famille en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 2000, t. 283, p. 119; K. Boele-Woelki, *Brüssel II: Die Verordnung über die Zuständigkeit und die Anerkennung von Entscheidungen in Ehesachen*, in *Zeitschrift für vergleichendes Rechtswissenschaft*, 2011, p. 127; E. Calò, *L'influence du droit communautaire sur le droit de la famille. Droit communautaire et droit de la famille*, in *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard. Liber amicorum*, J.P. Beraudo, R. Crône, F. Ferrand, J. Foyer (sous la direction de), Paris, LGDJ, 2007, p. 62; M. Meli, *Il dialogo tra ordinamenti nazionali e ordinamento comunitario: gli sviluppi più recenti in materia di diritto di famiglia*, in *Europa e diritto privato*, 2007, p. 473. Pertanto, in Italia potrà essere riconosciuta automaticamente (art. 21 reg. 2201/2003) una decisione straniera di divorzio di una coppia sposata formata da due persone dello stesso sesso. Alla produzione di effetti di questa sentenza non dovrebbe ostare il limite dell'*inidoneità*, dal momento che si tratta di accettare la fine di un rapporto, e quindi la riacquisizione dello stato libero degli ex coniugi, mai considerati sposati nel nostro ordinamento.

20 Secondo la circolare del Ministero dell'Interno del 18 ottobre 2007, nel caso di richiesta di trascrizione di un matrimonio contratto all'estero da parte di un cittadino italiano, l'ufficiale dello stato civile deve porre particolare attenzione alla diversità di sesso dei coniugi. La circolare fa tuttavia riferimento al modulo allegato alla Convenzione di Vienna del 8 settembre 1976, relativa al rilascio di estratti plurilingue di atti di stato civile, che ha quindi un oggetto diverso rispetto alla certificazione dell'atto o al riconoscimento del rapporto sottostante. Si tratta inoltre di una Convenzione relativamente datata, che non poteva considerare l'evoluzione sociale e normativa a cui abbiamo assistito relativamente alla nozione dell'istituto matrimoniale.

il matrimonio sarebbe palesemente erronea. Infatti, sarebbe applicabile il diritto italiano, dal momento che gli interessati presentano collegamenti con questo solo ordinamento²¹. Si potrebbe aggiungere il rilievo per cui l'art. 115 c.c., sul matrimonio del cittadino italiano contratto all'estero, è considerato di applicazione necessaria²², tale per cui la creazione *ad hoc* di una fattispecie transfrontaliera potrebbe essere valutata in frode alla legge²³. È vero che in taluni ordinamenti, come quello belga, una legge straniera che non ammetta la capacità di contrarre un matrimonio fra persone dello stesso sesso è considerata contraria all'ordine pubblico, e quindi è inapplicabile alla valutazione della capacità matrimoniale di due cittadini italiani dello stesso sesso. Tuttavia, la corretta prevalenza di valutazioni di carattere morale e sociale di un ordinamento al momento della costituzione del rapporto non può escludere la rilevanza di considerazioni opposte, ma dello stesso valore, in un altro paese nel momento della circolazione della coppia. Poiché, nell'ottica del nostro ordinamento, l'errore nell'applicazione della legge è palese, sebbene ricada sul contenuto dell'atto (capacità matrimoniale), e viola una norma fondamentale del nostro ordinamento, sarebbe agevole continuare a riferirsi all'inidoneità del rapporto per impedire la trascrizione.

Diversa potrebbe essere la situazione qualora uno o entrambi i coniugi fossero cittadini italiani, ma residenti all'estero, o tutti e due stranieri, indipendentemente dalla loro residenza al momento della celebrazione del matrimonio. In entrambi i casi, infatti, non c'è un errore manifesto nella determinazione della capacità a contrarre matrimonio, vista la possibile applicazione di una legge diversa da quella italiana. Spostare nuovamente la valutazione dall'autenticità dell'atto al suo contenuto sarebbe più complesso rispetto all'ipotesi precedente. Infatti, nell'ambito dell'Unione europea, dovrebbe essere estremamente eccezionale il controllo sia sulla legge applicata alla fattispecie, perché quest'ultimo è già stato completamente eliminato nell'ambito della cooperazione giudiziaria civile nella circolazione delle sentenze, sia sui suoi effetti, in forza del principio del mutuo riconoscimento e del carattere eccezionale del limite dell'ordine pubblico.

4. (segue): il principio del mutuo riconoscimento come strumento per la circolazione degli *status* personali

Non è questa la sede per affrontare dettagliatamente il principio del mutuo riconoscimento nell'ambito dell'Unione europea e i suoi riflessi nella circolazione degli *status*. Tuttavia, un importante filone giurisprudenziale della Corte di giustizia dell'Unione europea può fornire alcune chiavi di riflessione ulteriore in relazione alla "mera" trascrizione dell'atto. Sebbene, come noto, il principio sia stato utilizzato al fine di riconoscere situazioni giuridiche create all'estero, in questo studio si vuole verificare se il principio imponga una qualche considerazione del matrimonio. È possibile configurarne una versione per così dire "minimale", tale per cui debba almeno essere ammessa l'esistenza del rapporto all'estero e imposta la trascrizione dell'atto straniero che sia autentico, valido ed efficace nello Stato di formazione²⁴?

La Corte di giustizia dell'Unione europea ha già avuto modo di affrontare il problema dell'accettazione di documenti pubblici stranieri in uno Stato membro diverso da quello di formazione. Nel noto caso *Dafeki*²⁵ la Corte ha ritenuto che le pubbliche autorità abbiano l'obbligo di attenersi ai certificati e agli atti analoghi relativi allo stato civile prodotti in altri Stati membri "a meno che la loro esattezza non sia gravemente infirmata da indizi concreti in relazione al singolo caso considerato". Un'affermazione siffatta conferma che nei due ultimi casi ipotizzati nel paragrafo precedente non esisterebbero (salve

21 Nel caso esaminato, ciò è conseguenza di qualsiasi criterio di collegamento impiegato dallo Stato di celebrazione del matrimonio per determinare la capacità a contrarre matrimonio, sia quello la cittadinanza, la residenza, il domicilio o la residenza abituale (per indicarne i più comuni a livello comparatistico). Difetta quindi la capacità a contrarre matrimonio, poiché l'intera disciplina dell'istituto postula la diversità di sesso dei coniugi, nel quadro di «una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio» (Corte costituzionale, sentenza del 15 aprile 2010, n. 138, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2010).

22 Su cui, ampiamente di recente: B. Nascimbene, *Il matrimonio del cittadino italiano*, cit., p. 1530.

23 F. Mosconi, *Europa, famiglia e diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 350.

24 Già H.P. Mansel, *Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums Zur Herausbildung eines europäischen Anerkennungs-Kollisionsrechts: Anerkennung statt Verweisung als neues Strukturprinzip des Europäischen internationalen Privatrechts?*, in *RabelsZ*, 2006, p. 663 distingue nettamente i due aspetti nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea. A. Bucher, *La migration de l'état civil*, cit., p. 106 suggerisce soluzioni diverse a livello internazionale a seconda che si voglia assicurare l'accettazione del documento pubblico, considerato un'esigenza di base, o il riconoscimento dello stato certificato.

25 Corte di giustizia Ue, 2 dicembre 1997, causa C-336/94, *Dafeki*.

eccezioni) elementi che possano far sollevare gravi dubbi circa la correttezza dell'atto, tali per cui la trascrizione possa essere negata in forza del contenuto non conforme al vero.

Questa conclusione parziale non risolve del tutto il problema. Può allora essere fatto riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea nell'ambito del diritto al nome, in cui il principio del mutuo riconoscimento ha avuto la sua massima espressione relativamente a questioni di *status*. I problemi che erano sorti davanti alle giurisdizioni nazionali possono essere considerati affini a quelli in esame: si tratta pur sempre della mancata accettazione in uno Stato membro delle scelte normative (di attribuzione del cognome) operate da un altro paese²⁶. Il principio fondamentale espresso dalla Corte di giustizia può essere sintetizzato in questa massima: sebbene "le regole che disciplinano la registrazione negli atti di stato civile del cognome e del nome di una persona rientrano nella competenza degli Stati membri, questi ultimi, nell'esercizio di tale competenza, devono comunque rispettare il diritto dell'Unione" e in particolare le libertà di circolazione e soggiorno²⁷. La stessa deve trovare applicazione anche alle altre questioni relative allo *status* personale.

Nelle note sentenze *Garcia Avello* e *Grunkin and Paul*²⁸ la Corte di giustizia ha imposto agli Stati di accettare gli *status* costituiti in un altro paese membro, anche se la situazione è puramente interna al primo e a prescindere dalla legge applicata. In caso contrario si creerebbe un ostacolo alla libera circolazione delle persone; le esigenze di coerenza dell'ordinamento interno, invocate dai governi belga e tedesco, non sono sufficienti per rifiutare il riconoscimento degli *status* creati altrove.

Questa conclusione può avere conseguenze sulla trascrizione degli atti di matrimonio conclusi all'estero, anche qualora due cittadini italiani residenti in Italia si rechino in un altro Stato membro al solo fine di contrarre il matrimonio. L'ufficiale di stato civile dovrebbe limitarsi a prendere atto della certificazione proveniente da un altro Stato membro, senza sollevare alcun interrogativo circa le modalità di costituzione del rapporto sottostante. Né probabilmente sarebbe rilevante l'osservazione per cui quel matrimonio ha solo tenui collegamenti con lo Stato di celebrazione del matrimonio, dal momento che la validità del rapporto in quest'ultimo ordinamento dipende esclusivamente dalle proprie leggi. Anche nel caso *Garcia Avello*, del resto, non è stata considerata necessaria la previa circolazione intracomunitaria dei minori interessati, rilevando solo il fatto che in applicazione della legge spagnola, quei minori ne possedessero la cittadinanza. Infine, l'eccezione della frode alla legge che potrebbe essere opposta alla coppia italiana sembrerebbe raramente invocabile, come dimostrato dalle altrettanto note sentenze *Centros* e *Zhu e Chen*²⁹. La creazione di una fattispecie transnazionale al fine della produzione di determinati effetti giuridici non costituisce, infatti, un abuso del diritto di libera circolazione, ma l'esatto esercizio dello stesso.

Il principio del mutuo riconoscimento a livello dell'Unione europea così inteso imporrebbe pertanto la più ampia accettazione degli *status* giuridici costituiti in un altro Stato membro. Tuttavia, la Corte ne ha altresì rinvenuto alcuni limiti.

5. (segue) ...e i suoi limiti?

Sempre nell'ambito del diritto al nome, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha considerato idonee a giustificare il rifiuto del riconoscimento di un cognome attribuito in un altro Stato membro norme poste a salvaguardia dell'identità nazionale (tutelate anche ai sensi dell'art. 4, par. 2 TUE; sentenze *Sayn-Wittgenstein* e *Runevič-Vardyn*³⁰). Fra queste ultime rientrano il divieto di discriminazioni e il principio democratico, e una politica di difesa e valorizzazione della lingua di uno Stato. Le misure nazio-

26 Inoltre in entrambi i casi sono coinvolti i dritti fondamentali dell'individuo, attinenti all'espressione della propria personalità. Anche su questa tematica l'Italia ha avuto difficoltà ad accettare soluzioni provenienti da altri ordinamenti; per tutti: S. Tonolo, *Il riconoscimento di atti e provvedimenti stranieri concernenti il diritto al nome nell'ordinamento italiano: problemi e prospettive*, in *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, C. Honorati (a cura di), Milano, Giuffrè, 2010, p. 151.

27 Corte di giustizia Ue, 12 maggio 2011, causa C-391/09, *Runevič-Vardyn*, par. 63.

28 Corte di giustizia Ue, 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *García Avello*; Corte di giustizia Ue, 14 ottobre 2008, causa C-353/06, *Grunkin and Paul*. Per un'analisi più ampia sui nessi fra *status* personali e principio del mutuo riconoscimento: C. Kohler, *La reconnaissance de situations juridiques dans l'Union européenne: le cas du nom patronymique*, in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, P. Lagarde (sous la direction de), Paris, Pedone, 2013, pp. 67 ss.

29 Corte di giustizia Ue, 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros*; Corte di giustizia Ue, 19 ottobre 2004, causa C-200/02, *Zhu e Chen*.

30 Corte di giustizia Ue, 22 dicembre 2010, causa C-208/09, *Ilonka SaynWittgenstein*.

nali devono essere proporzionate, cioè idonee e non eccessive al raggiungimento dei legittimi obiettivi. Considerazioni relative all'identità nazionale italiana possano analogamente giustificare il diniego di trascrizione dell'atto di matrimonio fra persone dello stesso sesso?

Ad avviso di chi scrive, la risposta è tendenzialmente negativa. Infatti, nelle sentenze menzionate l'interessato richiedeva essenzialmente il riconoscimento dello *status* acquisito altrove, facendone valere la necessaria continuità fra Stati membri. Laddove ci si soffermi sulla sola trascrizione, l'importanza delle giustificazioni al mancato riconoscimento dovrebbero essere più stringenti, con un controllo più rigoroso quanto al rispetto del principio di proporzionalità, perché non si tratta di dare effetto a quel rapporto nel nostro ordinamento. Un approccio particolarmente severo in queste ipotesi è confermato dalla menzionata sentenza del Tribunale di Grosseto di quest'anno, secondo il quale: "l'intrascrivibilità degli atti stranieri costituisce un'eccezione e che, dunque, non può che essere interpretata restrittivamente, in particolar modo quando gli atti o i provvedimenti incidano sullo *status* o sulla capacità delle persone, stante la necessità di garantire la più ampia circolazione degli stessi". Dovendo considerare come legittimi solo assoluti motivi attinenti a valori interni, il richiamo del rispetto dell'identità nazionale non sarebbe probabilmente coronato da successo. Anche ammesso che il carattere eterosessuale del matrimonio sia parte dell'identità, sorge infatti il dubbio che quest'ultima non sia sostenuta, alla base, da un diritto o un principio fondamentale, come la non discriminazione; addirittura potrebbe esservi considerata contraria (e non a salvaguardia, come nel caso *Sayn-Wittgenstein*) in base all'orientamento sessuale. Nemmeno l'aspetto identitario relativo alla tradizione religiosa dello Stato può essere configurato un limite stringente: vi ostano non solo l'espressa laicità dello Stato, ma anche la natura civile del matrimonio di cui si discute. Giustificare in modo rigoroso la rilevanza dei motivi a base del rifiuto di trascrizione e la loro proporzionalità sarebbe pertanto complesso³¹.

La giurisprudenza potrebbe essere comunque tentata di spostare il baricentro del problema dall'atto al rapporto, argomentando ulteriormente nel senso che la Corte Edu³² esclude l'esistenza di un diritto al matrimonio fra persone dello stesso sesso. A maggior ragione, non sussisterebbe un obbligo di riconoscimento dei rapporti costituiti all'estero.

Tuttavia, ferme restando queste considerazioni, dal momento dell'entrata in vigore del futuro regolamento in materia di accettazione dei documenti pubblici, la Corte di giustizia difficilmente potrà accogliere l'assimilazione fra autenticità dell'atto e riconoscimento del rapporto certificato, imponendo sostanzialmente la trascrizione dei documenti pubblici (autentici, validi ed efficaci) formati all'estero. Il regolamento, infatti, manterrà nettamente separate le due questioni, e il fatto che l'istituto certificato risulti sconosciuto in un ordinamento non potrà avere rilevanza: l'accettazione del documento dipende solo dall'autenticità e prescinde dal suo contenuto. Se la giurisprudenza farà salve norme specifiche a salvaguardia dell'identità nazionale, il test di proporzionalità sarà particolarmente stringente. Le riserve italiane difficilmente potrebbero essere considerate legittime e ancor meno proporzionate.

Ne consegue che le prospettive di breve periodo nell'ambito dell'Unione europea, in una lettura congiunta del principio del mutuo riconoscimento, dei suoi limiti, e del futuro regolamento sull'accettazione dei documenti pubblici, consentono di ammettere la trascrizione degli atti di matrimonio fra persone dello stesso almeno se formati in uno Stato membro.

6. Conclusioni: la necessità di un intervento legislativo e plausibili soluzioni

Il grande ostacolo alla trascrizione degli atti di matrimonio contratto fra persone dello stesso sesso in Italia dipende (quasi) esclusivamente dal fatto che si tratta di un istituto sconosciuto che quindi non produrrebbe alcun effetto nel nostro ordinamento. La situazione è destinata a mutare nell'arco di un periodo ragionevolmente breve.

31 Se queste considerazioni non fossero ancora sufficienti, sarebbe facile per la Corte di giustizia sottolineare l'incoerenza del nostro ordinamento, nel quale esiste sicuramente almeno una coppia di coniugi dello stesso sesso, cioè quella riconosciuta a seguito della sentenza della Corte costituzionale del 11 giugno 2014, 170/2014, in questa *Rivista*, 2014, p. 232. Su un test di proporzionalità rigoroso: C. Pamboukis, *Les actes publics et la méthode de reconnaissance*, in *La reconnaissance*, cit., p. 143.

32 Corte Edu, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*; Corte Edu, 15 marzo 2013, *Gas e Dubois c. Francia*; Corte Edu, 13 novembre 2012, *H. c. Finlandia*; Corte Edu, 16 luglio 2014, *Hämäläinen c. Finlandia*; Corte Edu, 21 luglio 2015, *Oliari e a. c. Italia*. L'approccio della Corte Edu è stato tuttavia criticato; di recente: P. Johnson, *The Choice of Wording Must Be Regarded as Deliberate*: Same-Sex Marriage and Article 12 of the European Convention on Human Rights, in *European Law Review*, 2015, pp. 207 ss.

Gli sviluppi nell'ambito del diritto dell'Unione europea renderanno meno agevole l'assimilazione fra la certificazione e il suo contenuto. Se il limite dell'ordine pubblico è superato a seguito della sentenza *Schalk* della Corte Edu, l'ufficiale di stato civile non potrebbe più valutare il contenuto dell'atto, anche qualora uno o entrambi i coniugi siano cittadini italiani per la scarsissima rilevanza della legge applicata e dell'istituto della frode alla legge nell'ambito del principio del mutuo riconoscimento. L'unica verifica ammessa sarebbe costituita dalla sua correttezza formale. Pertanto, l'atto autentico certificante il matrimonio *same-sex* proveniente da un altro Stato membro dovrebbe essere trascritto.

Inoltre, il rifiuto di accettazione di qualsiasi effetto del rapporto nel nostro ordinamento potrebbe essere considerato contrario all'effetto utile dei regolamenti sulla cooperazione giudiziaria civile in materia di diritto di famiglia, che la dottrina ritiene applicabili anche ai matrimoni fra persone dello stesso sesso³³. Infatti, se il rapporto è inesistente, quegli atti dell'Unione europea non sarebbero invocabili, a discapito dell'uniforme interpretazione (dell'ambito) e applicazione (del contenuto) dei regolamenti in tutti gli Stati membri.

Infine, la sentenza *Oliari* della Corte europea dei diritti dell'Uomo pone all'Italia un preciso obbligo di riconoscere effetti giuridici ai rapporti omoaffettivi. Le modalità rimangono nella discrezionalità del nostro legislatore, ma si impone l'approvazione di una legge che almeno riconosca la possibilità di concludere unioni registrate. Quando sarà ammesso che anche persone dello stesso sesso possono vivere una relazione di coppia formalizzata, non potrà che venir meno l'assoluta inidoneità del matrimonio omosessuale a produrre effetti in Italia. Quest'ultimo infatti dovrà essere considerato almeno un'unione registrata, come già avviene in diversi ordinamenti³⁴ e il relativo atto essere trascritto nel registro che sarà istituito. Il trattamento di un matrimonio come unione registrata può non essere considerato una soluzione perfetta, perché si tratta di istituti deliberatamente diversi, ciascuno con i propri effetti giuridici (con particolare riguardo agli effetti personali e patrimoniali fra coniugi o fra *partner*, e il diritto successorio)³⁵. Tuttavia, consentirebbe di attribuire almeno una parziale rilevanza al matrimonio omosessuale, che potrebbe produrre taluni effetti fra gli interessati e fra la coppia e i terzi.

Nell'attesa che questi stimoli diventino realtà giuridica, il nostro ordinamento contiene una soluzione almeno parziale alla questione della trascrivibilità dell'atto di stato civile. Questa consiste nel mantenere fin d'ora, senza attendere i prossimi sviluppi provenienti dall'ordinamento dell'Unione europea, la separazione fra rapporto certificato e pubblicità dello stesso, che la nostra giurisprudenza ha

33 Si pensa in particolare al reg. 2201/2003; al Regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, in GUUE, L 7 del 10 gennaio 2009, p. 1; al Regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, in GUUE, L 201 del 27 luglio 2012, p. 107; nonché alla Proposta di Regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, presentata dalla Commissione il 16 marzo 2011, COM(2011) 126 definitivo, 2011/0059 (CNS). Il Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, in GUUE, L 343 del 29 dicembre 2010, p. 10 contiene una clausola di salvaguardia per cui lo Stato membro la cui legge non considera valido il matrimonio in questione ai fini del procedimento di divorzio non è tenuto ad emettere una decisione di divorzio in applicazione del regolamento (art.13). Ne conseguirebbe che il divorzio di una coppia omosessuale è pronunciabile solo in uno Stato che disciplina l'istituto a livello interno. Tuttavia, non dovrebbe essere negata nel nostro ordinamento quella minima efficacia al matrimonio, che consenta di ammettere il suo scioglimento. In dottrina, *ex multis*: M. Castellaneta, A. Leandro, *Il regolamento CE n. 4/2009 relativo alle obbligazioni alimentari*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2009, p. 1062; P. Franzina, *The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) no. 1259/2010 of 20 december 2010*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2011, p. 102; D. Martiny, *Die Kommissionvorschläge für das internationale Ehegüterrecht sowie für das internationale Güterrecht eingetragener Partnerschaft*, in *IPRax*, 2011, p. 437; S. Corneloup, *Article 1, in Droit européen du divorce. European Divorce Law*, Corneloup (sous la direction de), Paris, LexisNexis, 2013, p. 502; U.P. Gruber, *Article 1, in Droit européen du divorce*, cit., p. 200; R. Espinosa Calabuig, *Elección de una ley por las partes al divorcio y a la separación judicial: la solución "LIMITADA" del Reglamento Roma III*, in *Le nuove famiglie tra globalizzazione e identità statuali*, I. Queirolo, A.M. Benedetti, L. Carpaneto (a cura di), Roma, Aracne, 2014, p. 224.

34 Cfr. *supra*, para. 2.

35 Parte della dottrina rileva che il mancato riconoscimento dell'esatto *status* creato all'estero sarebbe contrario al principio della libera circolazione delle persone all'interno dell'Unione europea, per analogia a quanto stabilito nelle sentenze *Garcia Avello* e *Grunkin and Paul*: H.P. Mansel, *Anerkennung*, cit., pp. 712 ss.; P.A. Cornejo Aguilera, *ivi*, p. 18; U.P. Gruber, *Le mariage homosexuel*, cit., p. 72; G. Biagioni, *On Recognition of Foreign Same-Sex Marriages and Partnerships*, in *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, cit., p. 377. Per osservazioni analoghe, ancora precedenti alla sentenza della Corte di cassazione del 2012: P. De Cesari, *Il diritto della famiglia nell'Unione europea. Fondamenti e prospettive*, in *Persona e famiglia*, P. De Cesari (a cura di), Torino, Giappichelli, 2008, p. 225; M. Gattuso, *Orientamento sessuale, famiglia, eguaglianza*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, II, 596.

ricordato ma raramente applicato in quanto tale. Alcuni effetti della trascrizione potrebbero essere importanti sia per le parti, sia per la coerenza del nostro ordinamento³⁶. Per le prime, si prenderebbe atto dell'esistenza e si darebbe visibilità a un rapporto valido ed efficace in un altro Stato, facendone venir meno l'irrilevanza giuridica e ammettendone l'esistenza in un altro ordinamento³⁷. Questo risultato non sarebbe solo simbolico: infatti, la trascrizione ha efficacia probatoria. Ciò consentirebbe fin da ora di applicare i menzionati regolamenti europei e di consentire la produzione di effetti fra privati di una legge straniera che regoli le conseguenze del matrimonio, in ossequio al principio della leale cooperazione³⁸. Inoltre, ne conseguirebbe un ulteriore effetto fondamentale (anche per il nostro ordinamento): i coniugi *same-sex* non godrebbero di libertà di stato nemmeno in Italia. Se ulteriori successive nozze (eterosessuali in Italia) non costituiscono bigamia per inesistenza del primo matrimonio nell'ordinamento, le conseguenze di siffatto comportamento possono ledere gli aspetti morali del nostro ordine pubblico in maniera ben più incisiva della sola trascrizione di un atto straniero di matrimonio.

Ammettendo la produzione di questi effetti più limitati, e certo non contrari all'ordine pubblico, o estranei al nostro ordinamento, e che dipendono dal fatto che un matrimonio all'estero esiste, si supera il problema dell'attribuzione di effetti a un istituto sconosciuto al nostro ordinamento, e la riflessione può davvero concentrarsi sulla sola validità, efficacia e autenticità — nello Stato d'origine — dell'atto presentato per la trascrizione.

36 Questa soluzione è già adottata addirittura in Israele, Stato in cui l'unica forma matrimoniale è quella religiosa: Y. Merin, *Anglo-american choice of law and the recognition of foreign same-sex marriages in Israel*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 2011, pp. 509 ss.

37 In forza della reciproca fiducia fra Stati membri, un Autore ricava la riconoscibilità *de plano* degli *status* acquisiti in altri Stati membri, salvo il limite dell'ordine pubblico. Ciò tuttavia consentirebbe non la creazione di quello *status* nel paese di riconoscimento, ma la *crystallizzazione* della situazione giuridica validamente creata all'estero. Questa soluzione riscontrerebbe le legittime aspettative delle parti a veder considerato il proprio rapporto in tutti gli Stati membri (I. Somarakis, *The Method of Recognition in European Private International Law and its Scope of Application*, in *Boundaries of European Private International Law*, J.S. Bergé, S. Franq, M. Gardeñes Santiago (ed.), Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 668 ss.).

38 Come è in effetti avvenuto nelle menzionate sentenze del Tribunale di Reggio Emilia e del Tribunale di Pescara, cfr. *supra*, nota 9.

Interventi

Marilisa D'Amico*

Famiglia e “famiglie” fra principi costituzionali italiani ed europei

Sommario

1. Introduzione: brevi riflessioni a partire da *Oliari e altri c. Italia* – 2. Un passo indietro: la nozione di famiglia e di matrimonio nei lavori dell'Assemblea Costituente – 3. La nozione di famiglia nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale: sui rapporti tra coppie coniugate e coppie conviventi – 4. L'unione omosessuale come formazione sociale *ex art. 2 Cost.*: l'ambigua decisione costituzionale n. 138 del 2010 – 5. La vita familiare nel sistema convenzionale: dalle convivenze eterosessuali a quelle omosessuali – 5.1. I ricorsi depositati presso la Corte europea dei diritti dell'Uomo e la condanna dell'Italia in *Oliari e altri c. Italia* – 6. Il testo in discussione alle Camere, DDL nn. 14 e connessi – 7. Conclusioni

Abstract

L'autrice indaga le problematiche connesse al riconoscimento delle unioni familiari diverse dalla famiglia c.d. “tradizionale”, eterosessuale e coniugata, a partire dalla recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo sul caso *Oliari e altri c. Italia*, che ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo. Attraverso la ricostruzione del dibattito in Assemblea Costituente, della giurisprudenza costituzionale, passata e recente, sull'art. 29 Cost., e delle pronunce del Giudice europeo in tema di famiglia, l'autrice critica l'inerzia del legislatore nazionale in punto di omesso riconoscimento giuridico delle convivenze non matrimoniali, auspicando la tempestiva approvazione del progetto di legge attualmente in discussione alle Camere.

The Author investigates issues related to the legal recognition of civil unions that differ from the family in the traditional sense, married and heterosexual, starting from the ECtHR's judgement in Oliari and others v. Italy, that condemned Italy for the violation of Article 8 of the European Convention of Human Rights. Moving from the analysis of the constitutional framers' debate, the Constitutional Court's case-law on Article 29 of Italian Constitution and the case-law of the ECtHR regarding family life, the Author criticizes the lack of legislation, hoping for the prompt approval of the Law currently under examination by the Parliament.

1. Introduzione: brevi riflessioni a partire da *Oliari e altri c. Italia*

“[L]a Corte osserva che dall'esame di cui sopra del contesto interno emerge l'esistenza di un conflitto tra la realtà sociale dei ricorrenti che prevalentemente vivono in Italia la loro relazione apertamente, e la legislazione che non fornisce loro alcun riconoscimento ufficiale sul territorio [...]. La Corte osserva inoltre che benché il Governo si trovi generalmente in una posizione migliore per valutare gli interessi collettivi, nel caso di specie il legislatore italiano non sembra aver attribuito particolare importanza alle indicazioni fornite dalla Comunità nazionale, in particolare dalla popolazione italiana in generale e dalle supreme autorità giudiziarie italiane. La Corte osserva che in Italia le supreme autorità giudiziarie-

* Ordinario di Diritto costituzionale, Università statale di Milano. Il contributo viene pubblicato in seguito a *referee* a doppio cieco.

rie, comprese la Corte costituzionale e la Corte di cassazione, hanno dato ampio risalto all'esigenza di riconoscere e tutelare tali relazioni. Si è fatto riferimento in particolare alla sentenza della Corte costituzionale n. 138/10 relativa alla causa dei due primi ricorrenti, le cui conclusioni sono state ribadite in una serie di successive sentenze negli anni successivi. In tali cause la Corte costituzionale ha segnatamente e ripetutamente sollecitato il riconoscimento giuridico dei pertinenti diritti e doveri delle unioni omosessuali [...] misura che poteva essere adottata soltanto dal Parlamento"¹.

Con queste parole, la Corte di Strasburgo in *Oliari e altri c. Italia*² ha motivato la violazione dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, a causa dell'assenza in Italia di una regolamentazione organica delle unioni tra persone dello stesso sesso, sottolineando con efficacia la gravità della perdurante inerzia ed indifferenza del legislatore nazionale rispetto ai moniti della Corte costituzionale e agli inviti e sollecitazioni della Comunità internazionale.

La sentenza è particolarmente significativa nel mettere in evidenza l'isolamento italiano nel quadro delle soluzioni ormai da anni adottate dagli altri Stati membri del Consiglio d'Europa, rispetto ai quali l'Italia è ormai sempre più un *unicum*, ed il ruolo, non però sufficiente, ricoperto dai giudici nel sistema costituzionale italiano. La Corte europea si dimostra, quindi, ben consapevole dell'assenza di una volontà legislativa in materia e dell'inadeguatezza delle pronunce dei giudici a garantire la tutela del diritto fondamentale a vivere liberamente una condizione di coppia, così come lo ha definito la Corte costituzionale nella decisione n. 138 del 2010, richiamata più volte dal Giudice di Strasburgo.

Ancora più esplicita in questo senso è, poi, la ricostruzione offerta nell'opinione concorrente alla sentenza dai giudici Mahoney Tsotsoria e Vehabović, in cui si legge che "a prescindere dal quadro costituzionale e dalla distribuzione delle competenze tra i poteri dello Stato che uno Stato contraente può scegliere di adottare, esiste tuttavia un obbligo generale di fiducia e di buona fede che lo Stato e le sue autorità pubbliche devono al cittadino in una società democratica governata dal principio dello stato di diritto [...]. A nostro avviso, nonostante il margine di discrezionalità disponibile per lo Stato italiano, tale obbligo di fiducia non è stato rispettato nel caso di specie per quanto riguarda il seguito alla sentenza 138/10 della Corte costituzionale, in cui è stata individuata come esistente nell'ordinamento giuridico italiano una lacuna incostituzionale, che ha comportato il diniego di un 'diritto fondamentale'. Esiste, ed è rimasta per cinque anni, una discordanza tra la dichiarazione della Corte costituzionale sul diritto di una data categoria di persone in base alla Costituzione, e l'azione, o piuttosto l'inazione del legislatore italiano, quale competente potere del governo, ad attuare tale diritto. Ai beneficiari della dichiarazione della Corte costituzionale sull'incompatibilità con la Costituzione della mancanza di adeguato livello di riconoscimento delle unioni omosessuali è stato negato il livello di tutela della loro vita privata e familiare cui essi hanno diritto ai sensi dell'articolo 2 della Costituzione italiana"³.

In *Oliari e altri c. Italia*, insomma, la Corte europea dimostra di aver compreso profondamente la realtà italiana, fatta di un legislatore assente e di giudici che "più di così non possono fare", e di averavalato l'impostazione di principio già tracciata dal Giudice costituzionale nel 2010⁴, poi ribadita nel 2014⁵: l'urgenza di garantire un diritto, quello delle coppie conviventi, omosessuali in particolare, di vedersi riconosciute come famiglie; perché di "famiglia", come si ricava anche immediatamente dal titolo della relazione, non c'è n'è una sola, ma tante, e tutte, nelle loro diversità, titolari di un diritto fondamentale, quello di vivere liberamente la loro condizione di coppia che sia la Corte costituzionale sia la Corte europea, con questa recente e importante sentenza, hanno contribuito ad affermare.

Tema, invece, lasciato scoperto da *Oliari e altri c. Italia* e mai affrontato dalla Corte costituzionale⁶ riguarda, poi, le questioni che sorgono in relazione all'ampliamento della nozione di "famiglia con figli"⁷:

1 Corte europea dei diritti dell'Uomo, *Oliari e altri c. Italia*, seconda sezione, 21 luglio 2015, §§ 179-180.

2 A commento della pronuncia si veda C. Nardocci, *Dai moniti del Giudice costituzionale alla condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo. Brevi note a commento della sentenza Oliari e altri c. Italia*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 2015.

3 Opinione concorrente, sentenza *Oliari e altri c. Italia* dei giudici Mahoney Tsotsoria e Vehabović, § 7.

4 Il riferimento è a Corte costituzionale, sentenza n. 138 del 2010, su cui si veda *infra*.

5 Così, Corte costituzionale sentenza n. 170 del 2014, su cui *infra*.

6 Corte costituzionale che è stata, però, chiamata a pronunciarsi sulla questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale dei minorenni di Bologna (ordinanza di rimessione, 10 novembre 2014, n. 4701) ed avente ad oggetto le norme della disciplina vigente in materia di adozione, che, precludendo una valutazione caso per caso che tenga conto del superiore interesse del minore, ostano al riconoscimento in Italia della sentenza straniera che ha riconosciuto la cd. *second parent adoption*.

7 Nell'ambito della giurisprudenza della Corte Edu, si rinvia alle pronunce rese in materia di adozione: *Frettè c. Francia* (Terza sezione, n. 36515/97, 26 febbraio 2002), *E.B. c. Francia* (Grande Camera, n. 43546/02, 22 gennaio 2008), *Gas e Dubois c. Francia* (Quinta sezione, n. 25951/07, 15 marzo 2012), *X e altri c. Austria* (Grande Camera, n. 19010/07, 19 febbraio 2013).

è famiglia anche la coppia omosessuale con figli? Può la coppia omosessuale adottare un figlio oppure ricorrere a tecniche procreative e a contratti di maternità surrogata per avere un figlio? Come si pone il diritto e come i giudici di fronte a simili questioni?

In Italia, le coppie omosessuali non possono né adottare⁸, né avere accesso alle tecniche di procreazione artificiale di cui alla legge n. 40 del 2004, né, e questo vale anche per le coppie eterosessuali, stipulare contratti di maternità surrogata vietati a norma dell'art. 12, comma 6, L. n. 40 del 2004⁹. Pur a fronte di simile quadro, il tema — a cui si consenta solo un accenno nell'introduzione — è stato al centro di alcune pronunce con cui i giudici hanno cominciato ad allargare le maglie dei divieti nel tentativo di rispondere, sebbene parzialmente e con efficacia circoscritta al caso concreto, alle istanze delle cd. 'nuove famiglie', in primo luogo quelle costituite da coppie omosessuali.

2. Un passo indietro: la nozione di famiglia e di matrimonio nei lavori dell'Assemblea Costituente

Se *Oliari e altri c. Italia* ha posto l'accento sulla discordanza tra la realtà sociale italiana e la risposta legislativa, occorre, innanzitutto, partire dalla Costituzione e dai suoi principi, per chiarire che cosa i nostri costituenti intendevano quando parlavano di "famiglia", di "società naturale", di "matrimonio" e in che termini il dibattito in Assemblea costituente può illuminare i temi oggi in discussione: in primo luogo, la trasformazione del significato di "famiglia" da nozione univoca e identificabile con i tratti della cd. "famiglia tradizionale", eterosessuale e fondata sul vincolo di coniugio, ad una pluralità di forme riasuntivamente espresse dalla nozione di famiglia latamente intesa come "comunità oggettiva".

L'art. 29 della nostra Costituzione contiene importanti principi che sono da tempo oggetto di interpretazioni opposte e contraddittorie e che meritano di essere analizzati partendo da una ricostruzione storica¹⁰.

In Assemblea costituente, si registrò un ampio ed acceso dibattito sull'art. 29 Cost., che portò ad un "accordo preciso"¹¹ sulla formulazione finale della norma: dopo lunga discussione, si optò per la formula "società naturale". Tale proposta venne avanzata dall'onorevole Togliatti, d'accordo con gli onorevoli Iotti e Corsanego¹²: con essa si voleva evidenziare la preesistenza della famiglia rispetto allo Stato e non una limitazione dello Stato in favore di un ordine giuridico di diritto naturale. Tale definizione, si disse, assegna alla famiglia un'autonomia originaria, che circoscrive i poteri di regolamentazione del legisla-

8 Cfr. M. D'Amico, *Diritti LGBT e "nuove famiglie" in Italia*, in *Orientamento sessuale e diritti civili. Un confronto con gli Stati Uniti d'America*, M. D'Amico, C. Nardocci, M. Winkler (a cura di), Milano, Franco Angeli, 2014, e a B. Liberali, *L'adozione dei single e delle coppie omosessuali*, intervento al Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Catania 7-8 giugno 2013, *La famiglia davanti ai suoi giudici*.

9 In relazione al divieto di maternità surrogata, si segnala la recente pronuncia, non definitiva, di condanna dell'Italia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, seconda sezione, n. 25358/12, 27 gennaio 2015 con cui la Corte di Strasburgo ha accertato la violazione dell'art. 8 CEDU per avere le autorità italiane disposto l'allontanamento del minore e la sua messa sotto tutela non tenendo, quindi, in adeguata considerazione il superiore interesse del medesimo. Sul punto, si segnala che è del primo giugno 2015 la notizia del deferimento del caso al riesame da parte della Grande Camera dopo il ricorso del Governo italiano avverso la pronuncia della sezione. La sentenza contro l'Italia si inserisce nel filone giurisprudenziale già tracciato dalle due pronunce di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo contro la Francia, *Mennesson c. Francia* (quinta sezione, n. 65192/11, 26 giugno 2014) e *Labassee c. Francia* (quinta sezione, n. 65941/11, 26 giugno 2014), in cui, analogamente al caso che ha visto protagonista l'Italia, la Corte di Strasburgo ha sindacato il rifiuto opposto dalle autorità nazionali di riconoscere il rapporto di filiazione fra padre biologico e figli nati tramite la conclusione di contratti di maternità surrogata all'estero, senza però, anche in questi casi, prendere apertamente posizione sulla pratica della surrogazione di maternità.

10 Sul tema, F. Biondi, *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Catania 7-8 giugno 2013, *La famiglia davanti ai suoi giudici* (paper).

11 A. Pugiotto, *Alla radice costituzionale dei "casi": la famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 2010.

12 Ass. Costituente, I Sottocommissione, 5 novembre 1946.

tore¹³. E ancora, con riguardo all'art. 29 Cost., si precisò che non si trattava di una definizione, bensì di una determinazione di limiti¹⁴.

Tuttavia, non si può non rilevare come la formula "società naturale" rappresenti oggi una nozione che blocca la nozione della famiglia fondata sul matrimonio. Si è, infatti, sostenuto, da una parte (interpretazione giusnaturalistica), che tale espressione rinviasse al diritto naturale tale per cui la famiglia in quanto sovrana attinge a valori e principi che si trovano al di fuori dell'ordinamento statale. Il riferimento al diritto naturale evidenzerebbe la preesistenza della famiglia e le limitazioni che lo Stato incontra nel porre leggi in materia. Nel corso dei lavori dell'Assemblea costituente fu giustamente rilevata una sorta di contraddizione tra la formula "società naturale" e "fondata sul matrimonio". Si sottolineò come "dal punto di vista logico [...fosse] un gravissimo errore, che rimarrà nel testo della nostra Costituzione come una ingenuità, quello di congiungere l'idea di società naturale — che richiama al diritto naturale — colla frase successiva "fondata sul matrimonio", che è un istituto di diritto positivo. Parlare di una società naturale che sorge dal matrimonio, cioè, in sostanza, da un negozio giuridico è [...] una contraddizione in termini"¹⁵.

Le considerazioni di Piero Calamandrei, in effetti, colgono nel segno, perché l'introduzione del termine "naturale", pur chiaramente interpretato dalla maggioranza dei costituenti come necessario limite dello Stato e dei suoi interventi rispetto alla società, introduce un forte elemento di ambiguità che consente ancor oggi un'interpretazione dell'art. 29 Cost. riduttiva e antistorica.

Fin dai primi anni di vita della Repubblica, infatti, si faceva riferimento al carattere "naturale" della famiglia come a qualcosa che appariva tale alla maggioranza, implicando una visione del matrimonio indissolubile e nella quale il marito godeva di una posizione dominante¹⁶. A questo riguardo, già nel corso dei lavori preparatori, si parlava della "legge armonica dell'universo intesa a determinare secondo un criterio naturale la supremazia del marito sulla moglie"¹⁷.

L'art. 29 Cost voleva essere, per la maggioranza dei costituenti, sicuramente espressione di una concezione della famiglia aperta ai cambiamenti storici e sociali¹⁸: "Lungi da evocare un astorico diritto di natura, il riferimento al carattere 'naturale' della *societas* coniugale significa semplicemente che il primo comma dell'art. 29 attribuisce al matrimonio la funzione di una struttura familiare storicamente aperta ai processi di revisione del suo regime (e delle sue forme) di tempo in tempo occorrenti per conformare l'istituto alle esigenze di una formazione sociale assolutamente peculiare"¹⁹.

La stessa volontà dei costituenti, peraltro, si è espressa in questa direzione, laddove l'obiettivo dichiarato non era quello di cristallizzare la famiglia con definizioni legate ad un certo momento storico o di irrigidire la vita sociale. Posto quindi il nucleo essenziale di "società naturale", si sottolineò (Togliatti) che la disciplina e le diverse forme dell'istituto sarebbero state poi storicamente determinate. Fu inoltre evidenziato (Calamandrei) come non passò l'idea di dare al matrimonio un carattere religioso e dunque incidente sulla libertà di coscienza dei cittadini.

Si deve escludere, inoltre, che l'aggettivo naturale abbia "un significato zoologico o animalesco, o accenni ad un legame puramente di fatto"²⁰. Non si vuole dire "con questa formula che la famiglia sia una società creata al di fuori di ogni vincolo razionale ed etico. Non è un fatto, la famiglia, ma è appunto un ordinamento giuridico e quindi qui 'naturale' sta per 'razionale'. D'altra parte, non si vuole escludere che la famiglia abbia un suo processo di formazione storica, né si vuole negare che vi sia un sempre più perfetto adeguamento della famiglia a questa razionalità nel corso della storia; ma quando si dice: 'società naturale' in questo momento storico si allude a quell'ordinamento che, perfezionato attraverso il processo della storia, costituisce la linea ideale della vita familiare. Quando si afferma che la famiglia è una 'società naturale', si intende qualche cosa di più dei diritti della famiglia. Non si tratta soltanto di riconoscere i diritti naturali alla famiglia, ma di riconoscere la famiglia come società naturale, la quale abbia le sue leggi e i suoi diritti di fronte ai quali lo Stato, nella sua attività legislativa, si deve inchinare"²¹.

13 C. Mortati, Ass. Costituente, CII, 23 aprile 1947.

14 A. Moro, Ass. Costituente, XCV, seduta pomeridiana, 18 aprile 1947.

15 P. Calamandrei, Ass. Costituente, CII, seduta di mercoledì 23 aprile 1947.

16 M. Gattuso, *Appunti sulla famiglia naturale e il principio di eguaglianza*, in *Questione Giustizia*, n. 2 del 2007.

17 C. Rodi, Ass. Costituente, 17 aprile 1947.

18 A questo riguardo, si veda A. Moro, Ass. Costituente, I Sottocommissione, 30 ottobre 1946.

19 M. Bessone, *Art. 29*, cit., p. 31.

20 A. Moro, Ass. Costituente, Commissione per la Costituzione, Adunanza Plenaria, mercoledì 15 gennaio 1947.

21 *Ibidem*.

Si può, pertanto, ritenere che la famiglia, come società naturale, pur prestandosi ad equivoci, sulla base di un'interpretazione meramente letterale del termine, non implica, alla luce di una lettura storica e sistematica dell'art. 29 Cost., un'immutabilità della sua regolazione normativa, legata ad un ordine assoluto e preconstituito. Quest'ultima, al contrario, può mutare seguendo l'evoluzione della società, e dunque tenendo conto dell'evolversi delle concezioni di famiglia che in quest'ultima si registrano. Si può sostenere, inoltre, che la Costituzione ponga una norma 'in bianco', che per ciò stesso rimanda al costume e alla coscienza sociale, che il legislatore dovrà dunque rispettare e alla cui evoluzione dovrà conformarsi²².

In definitiva, "la famiglia è perciò 'naturale', in quanto peculiare aggregazione affettivo-solidale di due persone ed espressione di un'esigenza oltremodo diffusa nonché connaturata alla volontà di realizzazione personale dei suoi componenti"²³.

Le considerazioni appena svolte rendono quindi per lo meno problematica la situazione odierna, una situazione in cui la politica e la stessa giurisprudenza costituzionale consentono all'art. 29 della Costituzione di trasformarsi da fattispecie aperta e innovativa in una norma rigida e chiusa a qualsiasi trasformazione della società.

3. La nozione di famiglia nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale: sui rapporti tra coppie coniugate e coppie conviventi

Dal dibattito in Assemblea costituente, occorre spostarsi all'interpretazione dei principi costituzionali offerta dalla Corte costituzionale.

Si tratta di interpretazione, soprattutto inizialmente, piuttosto restrittiva e che, ancora oggi, poggia sull'assunto della eterogeneità tra coppia coniugata, eterosessuale, che è famiglia ai sensi dell'art. 29 Cost. e coppie conviventi, considerate, a partire dal 2010, titolari del diritto fondamentale di vivere liberamente la propria condizione di coppia, radicato nell'art. 2 Cost.

La giurisprudenza costituzionale ha, però, contribuito già prima del 2010 ad un avvicinamento tra coppia coniugata e coppia convivente, sebbene su materie e in relazione a diritti singolarmente considerati.

In un primo tempo, il principio di parità fra i coniugi sancito dal secondo comma dell'art. 29 Cost. è stato valorizzato dalla Corte costituzionale non trascurando i principi di organizzazione e unità della famiglia. La Corte ha argomentato tale posizione partendo dalla considerazione per cui il principio di uguaglianza stabilito dall'art. 29 Cost. non gode di garanzia assoluta come invece per l'art. 3 Cost.²⁴.

Dopo pochi anni, però, e a seguito dei profondi mutamenti sociali ai quali il giudice costituzionale non è indifferente, la Corte costituzionale comincia a realizzare il principio di parità dei coniugi, sancito dall'art. 29 Cost, svolgendo un ruolo fondamentale, che anticipa alcune delle soluzioni legislative adottate con la successiva riforma del 1975.

Viene innanzitutto dichiarato incostituzionale l'art. 151 c.c. nella parte in cui stabilisce che l'infedeltà del marito possa essere causa imputabile di separazione solo se si riscontrano circostanze particolarmente ingiuriose per la moglie²⁵. E così pure, con sentenza n. 126 del 1968²⁶, è stata dichiarata

22 M. Gattuso, *Appunti sulla famiglia naturale e il principio di eguaglianza*, cit.

23 P. Veronesi, "Costituzione", "strane famiglie" e "nuovi matrimoni", in *Quaderni costituzionali*, 2008, p. 594.

24 Il riferimento è a Corte cost. sent. n. 64 del 1961 (in *Giurisprudenza costituzionale*, 1961, p. 1224 e ss. con osservazioni di C. Esposito, *Sulla punizione del solo adulterio femminile*, ivi, p. 1230 e ss.), con cui la Corte costituzionale ha dichiarato la questione di legittimità dell'art. 559 c.p. che puniva in modo diverso l'adulterio commesso dalla moglie rispetto al marito infondata; Corte costituzionale, sentenza n. 46 del 1966, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1966, p. 266 e ss.; Corte costituzionale, sentenza n. 147 del 1969, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1969, p. 2230 e ss., con nota di G. Gianzi, *L'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi ed i diritti di relazione adulterina e di concubinato*, ivi, p. 2237 e ss.; Corte costituzionale sentenze n. 126 e n. 127 del 1968, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1968, rispettivamente, p. 2175 e ss., p. 2208 e ss.

25 Corte costituzionale, sentenza n. 127 del 1968, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1968, p. 2208 e ss.

26 Corte costituzionale, sentenza n. 126 del 1968, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1968, p. 2175 e ss., con nota di F. Modugno, *L'adulterio come delitto e causa di separazione*, ivi, p. 2190 e ss.

l'illegittimità costituzionale dell'art. 559 c.p. a causa del diverso trattamento riservato alla moglie in caso di adulterio, con ciò modificando il proprio precedente che aveva dichiarato infondata la questione²⁷.

È stato inoltre dichiarato incostituzionale il comma quinto dell'art. 156 c.c. con ciò liberando la moglie separata dal dovere di portare, in caso di pregiudizio, il cognome del marito²⁸.

Con sentenza n. 133 del 1970²⁹, la Corte costituzionale si occupa, poi, dell'obbligo del mantenimento, tradizionalmente a carico del marito quale "capo-famiglia", indipendentemente dalle condizioni economiche della moglie, dichiarando incostituzionale l'art. 445, comma 1, c.c., laddove non subordina al fatto che la moglie non abbia mezzi sufficienti il dovere del marito di somministrarle, in proporzione delle sue sostanze, tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita.

La Corte è intervenuta anche nella materia della potestà sui figli minori, confermando la legittimità del previgente art. 340 c.c., che negava alla moglie vedova che si era risposata l'amministrazione dei beni dei figli minori³⁰ e dell'art. 260 c.c. che attribuiva la potestà esclusiva al padre, in materia di filiazione naturale³¹.

Al contrario, nel bilanciamento rispetto al principio di unità della famiglia, la Corte costituzionale non ha ritenuto fosse illegittima la disposizione che prevede l'automatica attribuzione del cognome del marito ai figli³².

Si ricordi, infine, che la Corte ha dichiarato incostituzionali anche gli artt. 164, primo comma, c.c., nella parte in cui non ammette i terzi a provare la simulazione delle convenzioni matrimoniali³³ e l'art. 781 c.c., che faceva divieto di donazioni fra coniugi³⁴.

Nella prospettiva che qui interessa, è altresì opportuno fare riferimento, seppur succintamente, alla giurisprudenza costituzionale che si è sviluppata in relazione all'art. 29 della Costituzione.

Un primo aspetto attiene all'interpretazione della locuzione "società naturale", che il Giudice costituzionale ha escluso possa riferirsi a formazioni sociali diverse dalla cd. "famiglia tradizionale" fondata sul matrimonio.

Un secondo profilo riguarda l'atteggiamento del Giudice costituzionale, in relazione ai rapporti tra la famiglia cd. "tradizionale" e le cd. "nuove famiglie", ossia le convivenze more uxorio. Principio pacifico della giurisprudenza costituzionale, sinora mai smentito, è, infatti, costituito dalla ritenuta eterogeneità tra le due figure, tale da escludere una possibile violazione del principio di eguaglianza ex art. 3 Cost., in presenza di discipline che prevedano un trattamento più favorevole per la coppia coniugata rispetto alla coppia 'di fatto' oppure per il coniuge rispetto al convivente more uxorio.

Così, ad esempio, già nel 1986³⁵, la Corte rilevava l'inapprezzabilità del rapporto di fatto poiché privo esso delle caratteristiche di certezza e di stabilità, proprie della famiglia legittima' e, nello stesso senso, può essere citata l'ordinanza n. 491 del 2000, in cui si legge che "la diversità tra famiglia di fatto e famiglia fondata sul matrimonio rappresenta [...] un punto fermo di tutta la giurisprudenza costituzionale in materia ed è basata sull'ovvia constatazione che la prima è un rapporto di fatto, privo dei caratteri di stabilità e certezza e della reciprocità e corresponsività dei diritti e dei doveri che nascono soltanto dal matrimonio e sono propri della seconda"³⁶; non si allontana da simile ricostruzione nemmeno la più recente sentenza n. 138 del 2010, che ha dichiarato manifestamente infondato il dubbio di costituzionalità rispetto all'articolo 3 della Costituzione ritenendo non omogenee al matrimonio le unioni omosessuali.

27 Corte costituzionale, sentenza n. 64 del 1961, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1961, p. 1224 e ss.

28 Corte costituzionale, sentenza n. 128 del 1970, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1970, p. 1576 e ss.

29 Corte costituzionale, sentenza n. 133 del 1970, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1970, p. 1605 e ss.

30 Corte costituzionale, sentenza n. 49 del 1966 in *Giurisprudenza costituzionale*, 1966, p. 276 e ss.

31 Corte costituzionale, sentenza sent. n. 71 del 1966, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1966, p. 376 e ss.

32 In tema si veda Corte costituzionale, sentenza ord. n. 176 del 1988, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1988, p. 605 e ss. Su analoga questione, si vedano anche, più di recente, Corte costituzionale, sentenza n. 61 del 2006, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, p. 543 e ss., con nota di E. Palici di Suni, *Il nome di famiglia: la Corte costituzionale si tira ancora una volta indietro, ma non convince*, *ivi*, p. 552 e ss.; Corte costituzionale, ordinanza n. 176 del 1988, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1988, p. 605 e ss., e Corte costituzionale, ordinanza n. 586 del 1988, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1988, p. 2726 e ss.

33 Così, Corte costituzionale, sentenza n. 188 del 1970, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1970, p. 2158 e ss.

34 Corte costituzionale, sentenza n. 91 del 1973, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, p. 932 e ss.

35 Il riferimento è a Corte costituzionale, sentenza n. 237 del 1986, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1986, p. 2056 e ss.

36 Corte costituzionale, ordinanza n. 491 del 2000, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, p. 3785 e ss.

Nonostante, dunque, un Giudice costituzionale restio a sindacare sul piano dell'eguaglianza le disparità di trattamento tra coppie coniugate e coppie "di fatto", la giurisprudenza costituzionale ha però concorso a riconoscere anche alle convivenze *more uxorio* alcuni dei diritti propri della famiglia legittima, adducendo una violazione dell'art. 2 Cost. e l'irragionevolezza della norma di volta in volta sottoposta al suo sindacato.

In tal senso, si richiamano la sentenza n. 404 del 1988³⁷ che ha riconosciuto il diritto del convivente a succedere nel contratto di locazione in caso di morte del conduttore attraverso un ragionamento imperniato sul carattere irragionevole della norma censurata, che risultava in una violazione del diritto fondamentale all'abitazione *ex* art. 2 Cost.³⁸ e la sentenza n. 559 del 1989³⁹, in tema di diritto del convivente a succedere nella posizione del convivente assegnatario dell'alloggio di edilizia residenziale in caso di abbandono dell'alloggio da parte di quest'ultimo.

Ancora, questa volta nell'ambito del sistema penale, è stata la Corte costituzionale a sollecitare l'intervento del legislatore, perché includesse anche il convivente tra i prossimi congiunti a cui è riconosciuta la facoltà di astenersi dal deporre nel processo penale⁴⁰.

Interessante è da ultimo la sentenza n. 8 del 1996⁴¹ in cui la Corte costituzionale è stata chiamata a decidere sulla costituzionalità della mancata estensione al convivente della causa di non punibilità prevista nel caso di favoreggiamento personale quando il fatto sia stato commesso essendo costretti dalla necessità di salvare il coniuge da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore. La Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione rispetto all'art. 3 Cost., in quanto mirando ad una decisione additiva, essa implica l'esercizio di potestà discrezionali riservate al legislatore ed eccedenti quelle del Giudice costituzionale; non fondata rispetto all'art. 29, in quanto la valutazione, differenziatrice del rapporto di convivenza di fatto rispetto al vincolo coniugale, operata dall'art. 29, quale punto di vista di principio assunto dalla Costituzione, costituisce criterio vincolante di comprensione e classificazione, e quindi di assimilazione o differenziazione, dei relativi fatti sociali giuridicamente rilevanti.

Tutto ciò premesso, può concludersi nel senso che, pur esprimendo un *favor* nei confronti della famiglia legittima, la giurisprudenza costituzionale non considera le formazioni sociali diverse da quest'ultima irrilevanti sul piano costituzionale, individuando nell'articolo 2 della Costituzione il fondamento costituzionale di una possibile regolamentazione giuridica delle medesime.

La Corte, dunque, riconosce e garantisce i diritti delle coppie di fatto alla luce dell'art. 2 della Costituzione, mentre utilizza in chiave negativa il principio di eguaglianza, in questo modo contribuendo ad un'interpretazione chiusa dell'art. 29 della Costituzione, che limita la sua applicazione a un concetto astratto di famiglia fondata sul matrimonio, giustamente ritenuto oggi non più rispondente alla realtà⁴².

37 Corte costituzionale, sentenza n. 404 del 1988, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1988, p. 1789 e ss., con osservazioni di A. Pace, *Il convivente more uxorio, il "separato in casa" e il c.d. diritto "fondamentale" all'abitazione*, *ivi*, p. 1801 e ss.

38 Così, la Corte costituzionale affermava che "l'art. 3 della Costituzione va qui invocato [...] non per la sua portata eguagliatrice, restando comunque diversificata la condizione del coniuge da quella del convivente *more uxorio*, ma per la contraddittorietà logica della esclusione di un convivente dalla previsione di una norma che intende tutelare l'abituale convivenza. Se l'art. 3 della Costituzione è violato per la non ragionevolezza della norma impugnata, l'art. 2 lo è quanto al diritto fondamentale che nella privazione del tetto è direttamente leso".

39 Corte costituzionale, sentenza n. 559 del 1989, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, p. 2564 e ss.

40 In questo senso Corte costituzionale, sentenza n. 6 del 1977, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1977, p. 29 e ss., in cui il Giudice costituzionale rilevava che "la normale presenza di quegli interessi — ossia l'esigenza di tutelare il sentimento familiare — non dovrebbe rimanere senza una tutela per le dette situazioni omesse ed in particolare per quella che ricorre nella specie. E sarebbe, quindi, compito del legislatore di valutare, per detti interessi, l'importanza e la diffusione".

41 Corte costituzionale, sentenza n. 8 del 1996, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, p. 81 e ss., con nota di A. Manna, *L'art. 394 c.p.c. e la "famiglia di fatto": ancora un ingiustificato "diniego di giustizia" da parte della Corte costituzionale?*, *ivi*, p. 90 e ss.

42 Sul tema, si veda, in generale, C. Saraceno, *Copie e famiglie. Non è questione di natura*, Milano, Feltrinelli, 2012.

4. L'unione omosessuale come formazione sociale ex art. 2 Cost.: l'ambigua decisione costituzionale n. 138 del 2010

Con la pronuncia n. 138 del 2010⁴³, il giudice costituzionale ha deciso di non cogliere l'opportunità di estendere l'istituto del matrimonio anche alle coppie composte da persone dello stesso sesso, avallando un'interpretazione evolutiva del principio costituzionale a tutela della famiglia, ossia dell'art. 29 Cost.

La decisione nasce dal primo tentativo con cui alcuni tribunali hanno chiesto alla Corte costituzionale di giudicare intorno alla conformità a Costituzione di quelle norme del codice civile, che contengono la disciplina dell'istituto matrimoniale, postulando espressamente la diversità di sesso dei nubendi quale requisito cui subordinare l'esistenza stessa del vincolo di coniugio.

La Corte costituzionale ha ritenuto, infatti, le questioni sollevate inammissibili, con riguardo ai profili attinenti agli artt. 2 e 117, comma 1, Cost. e infondate, in relazione agli artt. 3 e 29 Cost.

Nella sua decisione, la Corte costituzionale ha ritenuto che la scelta di porre una disciplina generale, astrattamente realizzabile non soltanto attraverso un'estensione del diritto al matrimonio, ma anche in modi diversi, rientri nella sfera di discrezionalità che spetta al Parlamento, cui, il Giudice costituzionale ha rivolto un monito molto forte e non ignorabile⁴⁴.

E tuttavia, in questa decisione la Corte fonda quella distinzione che ancor oggi alimenta lo scontro ideologico, anche nelle aule parlamentari, fra "coppie omosessuali", tutelate dall'articolo 2 della Costituzione⁴⁵ e "coppie eterosessuali", a cui è riservata la disciplina matrimoniale dell'art. 29 Cost.

Con un ragionamento criticabile dal punto di vista dell'interpretazione costituzionale, il giudice costituzionale ha eluso la domanda centrale sul principio di eguaglianza, unendo le due norme parametro (artt. 3 e 29 Cost.) e antepoendo l'argomentazione sull'art. 29 Cost. a quella sull'art. 3 Cost. che, al contrario, avrebbe dovuto logicamente e costituzionalmente precederlo. Nella sentenza, infatti, la questione afferente alla natura della discriminazione tra coppie è affrontata e risolta con una lettura dell'art. 29 Cost. cristallizzata alle scelte e allo scenario sociale e politico esistente all'epoca dei costituenti, che certamente non potevano avere in mente il matrimonio fra persone dello stesso sesso. Significativa la circostanza che, secondo il Giudice costituzionale, l'art. 29 Cost. dovrebbe essere interpretato alla luce di ciò che il codice civile prescriveva nel 1942 ed, infatti, sostiene la Corte "è vero che i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere 'cristallizzati' con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi. Detta interpretazione, però, non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata"⁴⁶.

Secondo la Corte costituzionale, dunque, "il precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una prassi interpretativa, bensì di procedere ad una interpretazione creativa"⁴⁷.

Il giudice costituzionale non ha sinora mai smentito le affermazioni di principio contenute nella sentenza n. 138 del 2010, ribadendo le conclusioni ivi raggiunte in due successive ordinanze, n. 276 del 2010⁴⁸ e n. 4 del 2011⁴⁹ e, di recente, nella decisione n. 170 del 2014⁵⁰.

43 Corte costituzionale, sentenza n. 138 del 2010, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, p. 1604 e ss. A commento della pronuncia, v. M. D'Amico, *Una decisione ambigua*, in *Notizie di Politeia*, 2010, p. 85 e ss.; R. Romboli, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio omosessuale e le sue interpretazioni*, in *Rivista AIC*, www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2011; A. Pugiotto, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 2010.

44 Corte costituzionale, sentenza n. 138 del 2010, punto n. 8 del *Considerato in Diritto*.

45 Così, il punto n. 8 del *Considerato in Diritto*.

46 *Ibidem*, punto n. 9 del *Considerato in Diritto*.

47 *Ibidem*.

48 Corte costituzionale, ordinanza n. 276 del 2010, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, p. 3386 e ss.

49 Corte costituzionale, ordinanza n. 4 del 2011, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2011, p. 36 e ss.

50 Corte costituzionale, sentenza n. 170 del 2014, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, p. 2694 e ss., con note di F. Saitto, *L'incostituzionalità del "divorzio imposto" tra rettificazione di sesso e tutela del "pregresso vissuto" della coppia*, *ivi*, p. 2706 e ss. e di F. Biondi, *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio "imposto": un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 2014.

La Corte costituzionale ha avuto ulteriore occasione per tornare ad esprimersi su queste problematiche in occasione della questione relativa al cd. divorzio imposto, in ragione del successivo mutamento di sesso di un componente della coppia coniugata.

Con la sentenza n. 170 del 2014, infatti, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della disciplina dettata in materia di rettificazione dell'attribuzione di sesso, nella parte in cui non si prevede che la relativa sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi — che determina lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio — consenta, in ogni caso, laddove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con un'altra forma di convivenza registrata, che tuteli in modo adeguato i diritti e gli obblighi della coppia medesima, con le modalità da stabilirsi da parte del legislatore.

La Corte, ancora una volta rivolgendo un chiaro e specifico monito al legislatore, ha in modo significativo richiamato espressamente la sentenza n. 138 del 2010, tenendo a sottolineare che la questione sottoposta al suo giudizio rientra perfettamente in quelle specifiche situazioni in cui la stessa Corte ha stabilito di poter intervenire per garantire un controllo di ragionevolezza⁵¹. Significativa la circostanza che in applicazione della decisione della Corte costituzionale, la Corte di cassazione abbia fatto applicazione del principio, non essendo intervenuto il legislatore, negando lo scioglimento al vincolo matrimoniale della coppia stessa⁵². Una coppia omosessuale unita in matrimonio secondo il diritto italiano, allora esiste.

5. La vita familiare nel sistema convenzionale: dalle convivenze eterosessuali a quelle omosessuali

Anche a livello sovranazionale si è assistito alla progressiva evoluzione della nozione di famiglia, che non sembrerebbe radicarsi sulla sola concezione tradizionale della famiglia fondata sul matrimonio, né richiedere necessariamente la diversità di sesso dei nubendi.

Nella giurisprudenza del Giudice europeo, appare utile prendere le mosse dalla sentenza resa sul caso *Schalk e Kopf c. Austria*⁵³, in cui la Corte europea ha interpretato in modo innovativo gli articoli 8 e 9 della Convenzione.

Il caso muoveva dal ricorso presentato da una coppia di cittadini austriaci dello stesso sesso, che lamentava la violazione dell'articolo 8, letto in combinato disposto con l'articolo 14 CEDU, e dell'art. 12 della Convenzione, a fronte dell'impossibilità di contrarre matrimonio all'interno dell'ordinamento austriaco.

La Corte europea, pur escludendo la violazione dei principi convenzionali invocati da parte ricorrente — merita segnalare che nelle more del giudizio l'Austria aveva approvato una legge in tema di riconoscimento delle coppie conviventi —, ha però riconosciuto che anche le coppie composte da persone dello stesso sesso godono del diritto al rispetto della vita familiare e non soltanto di quello al rispetto della vita privata⁵⁴.

Inoltre, in relazione al diritto al matrimonio, la Corte si è espressa in favore di una lettura evolutiva dell'art. 12 CEDU, precisando che, pur a fronte del tenore letterale della norma, non può ritenersi preclusa l'estensione del diritto al matrimonio anche alle unioni omosessuali, rimettendone, però, ogni determinazione alla piena discrezionalità degli Stati contraenti⁵⁵.

51 Punto n. 5.6. del *Considerato. in Diritto*

52 Il riferimento è a Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenza n. 8097 del 21 aprile 2015.

53 Corte europea dei diritti dell'Uomo, *Schalk e Kopf c. Austria*, [Prima sezione], n. 30141/04, decisione del 24 giugno 2010. A commento della sentenza, C. Ragni, *La tutela delle coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Schalk e Kopf, in Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 639 e ss.; G. Repetto, *Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero: la negazione "virtuosa" di un diritto*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti* www.associazionedeicostituzionalisti.it.

54 La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo aveva, infatti, escluso che all'unione omosessuale potesse essere riconosciuta la titolarità del diritto al rispetto della vita familiare, circoscrivendone la tutela ex art. 8 CEDU alla sola vita privata. In questo senso, si rinvia alle pronunce rese sui casi *Karner c. Austria*, n. 40016/1998, decisione del 23 luglio 2003 e *Mata Estevez c. Spagna*, n. 33290/1996, decisione del 10 maggio 2001.

55 Così, § 61.

Interessa, infine, sottolineare come la Corte europea giunga a questa conclusione attraverso una valorizzazione in chiave interpretativa dell'articolo 9 della cd. Carta di Nizza ove, a tutela del diritto al matrimonio, manca qualsiasi riferimento alla diversità di sesso dei nubendi.

In senso analogo e, dunque, a rafforzare l'orientamento giurisprudenziale inaugurato con *Schalk e Kopf c. Austria*, è intervenuta di recente un'ulteriore pronuncia della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'Uomo, *Vallianatos e altri c. Grecia*⁵⁶.

Il ricorso è stato promosso da due coppie di cittadini greci, composte da persone dello stesso sesso, che lamentavano l'esclusione dalla possibilità di accedere all'istituto dell'unione civile registrata, così come introdotto e disciplinato dalla legge greca che ne circoscriveva l'accesso alle sole coppie conviventi eterosessuali. Parte ricorrente invocava, pertanto, la violazione dell'art. 8, in combinato disposto con l'art. 14 CEDU, a motivo del carattere discriminatorio, fondato sull'orientamento sessuale, della normativa così congeniata.

La Grande Camera, prendendo le mosse dall'ormai consolidata tesi della perfetta sovrapponibilità delle condizioni in cui versano rispettivamente coppie conviventi eterosessuali ed omosessuali⁵⁷, ha concluso per la violazione degli artt. 8 e 14 CEDU.

5.1. I ricorsi depositati presso la Corte europea dei diritti dell'Uomo e la condanna dell'Italia in Oliari e altri c. Italia

Le difficoltà riscontrate sul piano dell'intervento legislativo di livello nazionale hanno indotto negli ultimi anni molte coppie italiane a rivolgersi alla Corte europea dei diritti dell'Uomo al fine di ottenere il riconoscimento per le unioni omosessuali del diritto al matrimonio e del diritto alla trascrizione del matrimonio o dell'unione civile registrata conclusi all'estero all'interno dell'ordinamento giuridico italiano⁵⁸.

Oliari e altri c. Italia è intervenuta in relazione ai ricorsi promossi da quelle coppie che lamentavano l'impossibilità di vedere riconosciuta la propria unione coniugale entro il contesto ordinamentale italiano e, come già evidenziato in apertura, ha accertato la violazione del diritto alla vita privata e familiare delle coppie ricorrenti, mentre ha escluso la violazione del diritto al matrimonio di cui all'art. 12 CEDU in combinato disposto con l'art. 14 CEDU.

Sotto quest'ultimo aspetto, la Corte ribadisce la natura non convenzionalmente imposta del diritto al matrimonio, la cui introduzione è rimessa alle scelte discrezionali degli Stati contraenti in accordo con la sua giurisprudenza pregressa inaugurata con *Schalk e Kopf c. Austria*. Nella sentenza si legge, infatti, che "nonostante la graduale evoluzione degli Stati in materia (undici Stati membri del Consiglio d'Europa hanno attualmente riconosciuto il matrimonio omosessuale) le conclusioni cui essa è giunta nelle summenzionate cause rimangono pertinenti. La Corte ribadisce conseguentemente che l'articolo 12 della Convenzione non pone in capo al Governo convenuto l'obbligo di concedere accesso al matrimonio a una coppia omosessuale quale i ricorrenti. Analogamente, nella causa *Schalk e Kopf*, la Corte ha ritenuto che non si possa interpretare neanche l'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8, disposizione con finalità e campo di applicazione più generale, come se esso imponesse tale obbligo. La Corte ritiene che lo stesso possa essere affermato dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 12. Ne consegue che sia la doglianza ai sensi dell'articolo 12 considerato singolarmente, sia quella ai sensi dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 12 sono manifestamente infondate e devono essere rigettate in applicazione dell'articolo 35 §§ 3 e 4 della Convenzione"⁵⁹.

Assorbita rimane, infine, la doglianza rispetto all'art. 14 CEDU, in combinato disposto con l'art. 8 CEDU⁶⁰.

56 Corte europea dei diritti dell'Uomo, *Vallianatos e altri c. Grecia*, Grande Camera, nn. 29381/09 32684/09, decisione del 7 novembre 2013.

57 Si veda § 78.

58 Il riferimento è al ricorso n. 36030/2011, depositato in data 10 giugno 2011, *Felicetti e altri c. Italia*, poi deciso dalla Corte Edu con la sentenza *Oliari e altri c. Italia* e ai successivi ricorsi, tuttora pendenti dinanzi alla Corte Edu, promossi in conseguenza del diniego della trascrizione entro l'ordinamento giuridico interno delle *civil partnership* concluse all'estero: *Orlandi e altri c. Italia*, n. 26413/12, introdotto in data 20 aprile 2012; *Isita e Bray c. Italia*, ricorso n. 26742/2012, anch'esso depositato in data il 20 aprile 2012; *Goretti e altri c. Italia*, n. 44057/2012, introdotto il 6 luglio 2012.

59 Si vedano §§ 192, 193, 194.

60 Si veda § 188.

In definitiva, la sentenza ha imposto allo Stato italiano di provvedere celermente all'introduzione di una forma di regolamentazione delle unioni stabili tra persone dello stesso sesso stabili in ottemperanza ad un obbligo internazionale che oggi segue i moniti, purtroppo rimasti inascoltati negli ultimi anni.

6. Il testo in discussione alle Camere, DDL nn. 14 e connessi⁶¹

Qualche cenno può infine essere dedicato alla proposta di legge, cd. disegno di legge Cirinnà⁶², *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, che costituisce una proposta di superamento della situazione ordinamentale italiana censurata dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo in *Oliari e altri c. Italia*.

La proposta di legge, DDL nn. 14 e connessi, — attualmente in discussione in sede referente presso la Commissione Giustizia del Senato della Repubblica — è articolata in due Titoli, Delle unioni civili e Della disciplina delle convivenze e si propone di introdurre la prima disciplina organica relativa da un lato alle unioni fra persone che appartengono allo stesso sesso e dall'altro lato alla convivenza di fatto che duri da almeno tre anni o da almeno un anno in presenza di figli Comuni.

In particolare, con il Titolo I si intende introdurre nel nostro ordinamento la disciplina della condizione giuridica dell'unione tra persone dello stesso sesso, sinora sprovvista di una regolamentazione organica a livello di diritto nazionale, nonostante l'esplicito monito rivolto dalla Corte costituzionale al legislatore ormai cinque anni fa con la nota sentenza n. 138 del 2010 e ribadito con la sentenza n. 170 del 2014.

Un primo tratto caratterizzante della proposta in commento attiene alla scelta di circoscriverne l'applicabilità alle sole coppie composte da persone dello stesso sesso.

In proposito, merita precisare che tale proposta si inserisce in un contesto che ha visto la stesura di numerose proposte di legge suddivisibili schematicamente innanzitutto in due categorie: in una prima categoria, possono collocarsi quelle proposte che miravano a un'estensione del diritto al matrimonio anche alle coppie composte da persone dello stesso sesso; nella seconda, hanno trovato spazio proposte che, analogamente alla presente, ritenevano necessario procedere alla creazione per via legislativa di un istituto giuridico nuovo, analogamente a quanto accaduto in alcuni Stati membri dell'Unione Europea tramite l'istituto delle cd. *civil partnerships*. Entro quest'ultima tipologia di intervento è, poi, possibile operare un'ulteriore distinzione a seconda che l'istituto dell'unione civile venga riservato in via esclusiva alle sole coppie composte da persone dello stesso sesso oppure sia destinato anche alle coppie eterosessuali.

La proposta di legge all'esame delle Camere risulta particolarmente vicina al modello tedesco, *Eingetragene Lebenspartnerschaft* (LPartG), nella sua scelta di voler riservare l'istituto dell'unione civile alle sole coppie omosessuali⁶³.

Quanto ai contenuti, la proposta prevede l'istituzione in ogni Comune italiano di un Registro delle Unioni Civili nazionale, con contestuale elencazione delle cause impeditive all'iscrizione dell'unione civile. L'iscrizione all'interno del Registro comporta il rilascio di un documento attestante lo stato dell'unione civile tra i due componenti.

Dal punto di vista della normativa applicabile all'unione civile, la proposta rinvia alla disciplina dettata dal codice civile con riferimento al matrimonio con la sola eccezione dell'istituto dell'adozione per il quale viene mantenuta ferma la disciplina attualmente vigente di cui alla legge n. 183 del 1984; un'eccezione, però, temperata dalla previsione della cd. *step-child adoption*, istituto che consente l'adozione del figlio naturale del *partner*⁶⁴.

61 Il riferimento è alla proposta di legge nel testo noto al momento della relazione, tenuta in data 2 ottobre 2015.

62 Per un'approfondita analisi del testo e dei suoi profili di compatibilità con il dettato costituzionale, v. M. D'Amico, presso la Commissione Giustizia del Senato della Repubblica in data 14 gennaio 2015 e pubblicata su *Osservatorio AIC*, www.associazionedeicostituzionalisti.it.

63 Per un approfondimento intorno alla normativa tedesca, si vedano *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in alcuni Stati europei*, P. Passaglia (a cura di), reperibile al seguente link: http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_Il_matrimonio_tra_persone_stesso_sesso_12012010.pdf; M. Bonini Baraldi, *Le nuove convivenze tra discipline straniere e diritto interno*, Milano, Ipsoa, 2005.

64 Si tratta della modifica di maggiore rilievo rispetto al testo originariamente in discussione presso la Commissione Giustizia del Senato della Repubblica e contenuta nel cd. Cirinnà *bis*.

La proposta di legge, inoltre, mostra di colmare alcune delle lacune più evidenti e di sopperire all'irragionevolezza delle disparità di trattamento riscontrabili tra coppie coniugate e coppie omosessuali con particolare riferimento all'assistenza, sanitaria e penitenziaria e alla materia successoria.

La proposta interviene, infine, anche sulla patologia dell'unione civile come emerge dalle disposizioni dedicate allo scioglimento dell'unione.

7. Conclusioni

In Europa, in altri Paesi, ci sono legislatori e giudici, in Italia, ci sono solo i giudici⁶⁵.

Nelle decisioni della Corte costituzionale, l'articolo 29 Cost. è stato interpretato in modo limitato e riduttivo e questo ha contribuito ad alimentare uno scontro ideologico sulla nozione di "famiglia", che accende il dibattito politico, che ritroviamo nelle aule del Parlamento, dove purtroppo la Costituzione viene piegata alle esigenze partigiane, ma che è totalmente estranea alla società, dove esistono invece tante Comunità affettive, tante famiglie.

Un aspetto al quale non segue quello che diceva Aldo Moro, secondo cui "c'è quello che solo vale ed al quale bisogna inchinarsi, un modo nuovo di essere nella condizione umana. È affermazione di ogni persona, in ogni condizione sociale, dalla scuola al lavoro, in ogni luogo del nostro Paese, in ogni lontana e sconosciuta regione del mondo; è l'emergere di una legge di solidarietà, di eguaglianza, di rispetto di gran lunga più seria e cogente che non sia mai apparsa nel corso della storia. E, insieme con tutto questo ed anzi proprio per questo, si affaccia sulla scena del mondo l'idea che, al di là del cinismo opportunistico, ma, che dico, al di là della stessa prudenza e dello stesso realismo, una legge morale, tutta intera, senza compromessi, abbia infine a valere e dominare la politica, perché essa non sia ingiusta e neppure tiepida e tardiva ma intensamente umana"⁶⁶; un'umanità che, come afferma il Giudice costituzionale, è propria anzitutto della Costituzione che "non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti"⁶⁷.

65 Sulla vicenda che ha interessato l'istituzione in numerosi Comuni italiani dei Registri delle Unioni Civili nella volontà di colmare almeno a livello locale le lacune normative di livello nazionale, si vedano, M. D'Amico, *Diritti LGBT e "nuove famiglie" in Italia*, cit. e L. Imarisio, *Il registro delle unioni civili*, in Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Catania 7-8 giugno 2013, *La famiglia davanti ai suoi giudici*, 2013.

66 On. A. Moro, 21 novembre 1968.

67 Corte costituzionale, sentenza n. 494 del 2002, in *Giurisprudenza costituzionale*, p. 4065.

Joëlle Long*, Manuela Naldini**

“Turismo” matrimoniale e procreativo: alcune riflessioni socio-giuridiche

Sommario

1. “Fare” famiglia oggi – 2. *Quid iuris?* – 3. Un tentativo di bilancio

Abstract

Uno dei corollari della globalizzazione è l’aumento del “turismo” matrimoniale e procreativo. Un numero sempre più consistente di individui infatti si reca transitoriamente all’estero al solo scopo di realizzare un progetto familiare impossibile o difficile nel Paese di origine per l’esistenza di limiti normativi o comunque di vincoli che riducono le chance di successo del disegno. La comparazione diacronica e sincronica delle risposte date dai diversi ordinamenti giuridici a questi fenomeni consente di individuare alcune linee di tendenza: a) la progressiva erosione dell’ambito di operatività dell’ordine pubblico quale baluardo contro la trascrivibilità degli atti di famiglia formati all’estero nell’intento di eludere il diritto interno; b) il superamento della contrapposizione tra il riconoscimento sostanziale dello status familiare costituito all’estero e la trascrizione, la cui funzione com’è noto è meramente dichiarativa. Il riconoscimento della legittimità di queste “pratiche di resistenza” messe in atto contro il proprio diritto nazionale vissuto come “in-giusto” promuove indubbiamente la tutela di diritti percepiti come fondamentali in un numero crescente di Paesi, segnatamente sotto il profilo del diritto delle coppie dello stesso sesso alla formalizzazione della loro relazione di coppia e del diritto di ciascuno a non subire ingiustificate ingerenze in ambito procreativo. D’altro canto, tuttavia, a causa dei costi della realizzazione del progetto, appare concreto il rischio di una discriminazione censitaria nell’accesso e nel godimento dei diritti.

One of the consequences of globalization is the rise of marriage and reproductive “tourism”. Indeed, a growing number of individuals temporarily go abroad to create a family project that is impossible or difficult to achieve in their own country due to legal limits or other stumbling blocks. A diachronic and synchronic comparison of the norms established by different legal systems regarding these phenomena enables us to identify a number of trends: a) the gradual erosion of public order as a safeguard against the registration of civil status acts which were obtained abroad to circumvent the limits established by domestic law; b) civil status registration, although a purely declaratory act, effectively legitimates the family status acquired abroad; furthermore, if registration is refused, this does not prejudice the individual’s right to safeguard the family life established abroad. Acknowledging the legitimacy of these “practices of resistance” against domestic laws perceived as “un-just” would undoubtedly contribute to safeguarding rights perceived as fundamental in a growing number of countries, namely the right of same-sex couples to formalize their relationships, and the right to avoid unjustified interference in reproductive choices. On the other hand, however, because of the cost of the project, there seems to be a real risk of economic discrimination when it comes to accessing and enjoying these rights.

* Ricercatore di diritto privato, Università di Torino

** Associato di Sociologia dei processi culturali e comunicativi, Università di Torino

Manuela Naldini ha scritto il par.1 e Joëlle Long il 2 e il 3. Il contributo viene pubblicato in seguito a referees a doppio cieco.

1. “Fare” famiglia oggi

La moltiplicazione nei modi di “fare” famiglia e di diventare genitori e figli è una delle più importanti novità del XXI secolo. Da un lato la crescente instabilità coniugale (con l’aumento delle separazioni e dei divorzi), dall’altro le opportunità aperte dalle tecniche di riproduzione assistita e l’introduzione dei test del DNA, cui conseguono nuove possibilità per i figli di conoscere le proprie origini biologiche e maggiori difficoltà per i padri di aggirare le responsabilità genitoriali, hanno ampliato i modi di diventare una famiglia. Famiglia e matrimonio non coincidono più. Si è coppia indipendentemente dall’orientamento sessuale. Figli e genitori si diviene, e si è, in molti modi. Oltre a ciò, la globalizzazione e le migrazioni transnazionali rendono visibile non solo l’ampio ventaglio dei modi di concepire la famiglia, ma anche le differenti opportunità e le differenze normative tra Paesi in tema di rapporti familiari.

E’ in questo corollario che si inserisce il fenomeno del “turismo” matrimoniale e, soprattutto, procreativo¹. In un numero crescente di casi infatti alcuni individui si spostano transitoriamente all’estero allo scopo di realizzare un progetto familiare impossibile o difficile nel Paese di origine (di solito quello di cittadinanza e residenza abituale) per l’esistenza di specifici limiti normativi che riducono le *chance* di realizzare la famiglia scelta². I casi più ricorrenti oggi in Italia sono l’espatrio di coppie italiane dello stesso sesso per la celebrazione delle nozze o il viaggio oltre i confini nazionali di coppie di donne per il concepimento di un figlio mediante fecondazione eterologa. Meno diffusi, ma comunque presenti, sono il ricorso all’estero alla gestazione per altri (GPA, *Gestation pour autrui*, nel linguaggio tecnico della Corte europea dei diritti umani) da parte di partner eterosessuali o gay, l’adozione piena all’estero da parte di una persona coniugata, seguita poi dalla richiesta in Italia di riconoscimento della genitorialità sociale dell’altro coniuge tramite l’istituto dell’adozione in casi particolari o ancora la scelta di cittadini italiani residenti in Italia di recarsi in un Paese islamico per ricevere in affidamento a tempo tendenzialmente indeterminato un minore tramite l’istituto della *kafala*. Esistono peraltro anche esempi risalenti nel tempo di “turismo procreativo”: pensiamo al ricorso all’adozione internazionale prima dell’introduzione di una disciplina organica della stessa mediante la legge n. 184 del 1983.

Le domande di ricerca cui intendiamo rispondere in questo lavoro sono essenzialmente due.

La prima concerne il ruolo dell’ordine pubblico nella battaglia sulla trascrivibilità degli status familiari costituiti all’estero nell’intento di eludere i divieti posti dal diritto del Paese di origine. Com’è noto, infatti, l’individuazione dei principi che costituiscono l’ordine pubblico presuppone un’operazione di selezione che è socio-culturale oltreché giuridica, e risulta in relazione a questi temi particolarmente delicata e anche controversa poiché il diritto familiare è fortemente radicato nell’etica e nel costume sociale e quindi le sue norme sono spesso considerate di per sé come “fondamentali”³. Lo stesso principio del superiore interesse del minore poi può giocare in funzione estensiva o restrittiva dell’ordine pubblico: da un lato spingendo a qualificare come norme di ordine pubblico quasi tutte le norme di diritto minorile, dall’altro imponendo di tener conto degli effetti che dall’esclusione dell’ingresso del diritto straniero deriverebbero sui minori coinvolti.

Il secondo quesito riguarda invece i risvolti sociali del turismo matrimoniale e procreativo nei Paesi in cui il diritto non mostra di essersi adeguato ai mutamenti familiari e genitoriali. Appare in particolare interessante indagare le discriminazioni nell’accesso al matrimonio e alla filiazione dovute a differenze nelle risorse culturali e sociali degli individui e delle coppie coinvolte, ma anche a diversità di qualità e costo della prestazione. Più in generale, occorre poi chiedersi quali siano gli effetti della circolazione dei modelli familiari sulla nozione di “famiglia” che emerge dal *corpus* normativo interno.

Per rispondere a tali domande, integreremo alla prospettiva giuridica un approccio sociologico, attento ai mutamenti familiari e ai risvolti sociali di fenomeni come quello oggetto di questo articolo. In

1 Siamo consapevoli del fatto che il termine “turismo” evoca l’immagine spensierata di una vacanza e che invece la percezione che hanno i protagonisti di questi progetti migratori è piuttosto quella di un espatrio obbligato, un “esilio” (sul punto cfr. M. C. Inhorn e P. Patrizio, *Rethinking reproductive “tourism” as reproductive “exile”*, in *Fertility and Sterility*, volume 92, 3, pp. 904-906). Ciononostante utilizzeremo tale locuzione essendo ormai invalsa nel linguaggio comune e degli addetti ai lavori. Cfr. da ultimo M. C. Venuti, *Coppie sterili o inferili e coppie “same sex”*. *La genitorialità negata come problema giuridico*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2015, pp. 259-295, in particolare p. 266.

2 In Italia, com’è noto, possono accedere alla procreazione medicalmente assistita solo le coppie di sesso diverso. Ne sono dunque esclusi i singoli e le coppie dello stesso sesso.

3 Per questa ragione nel diritto di famiglia italiano continuano ad avere una rilevanza peculiare norme implicite (alcune delle quali riconducibili a veri e propri crittotipi) espressione di una dimensione sociale “pre-giuridica” della famiglia: pensiamo al “postulato implicito” del carattere eterosessuale del matrimonio (così Corte di cassazione, sentenza del 15 marzo 2012, n.4184) e alla regola della trasmissione del cognome paterno ai figli. Cfr. *Questioni di genere nel diritto: impliciti e crittotipi*, L. Morra e B. Pasa (a cura di), Torino, Giappichelli, 2015.

particolare, cercheremo di confrontare la situazione italiana con quella di alcuni Stati ritenuti esemplificativi dei diversi modelli di diritto familiare. Per il turismo matrimoniale i Paesi di interesse saranno Israele e Italia: in entrambi infatti le coppie *same-sex* sono escluse dall'accesso al matrimonio e non esistono — neanche per le coppie omosessuali — modalità di formalizzazione della relazione di coppia alternative al coniugio. Oltre a ciò, Israele ha caratteristiche peculiari: il diritto di famiglia è di matrice religiosa (non esistono pertanto né il matrimonio né il divorzio civile) ed è incentrato sul matrimonio religioso, malgrado i modelli "alternativi" di famiglia rappresentino ormai nella pratica quasi la metà dei nuclei familiari. Quanto al turismo procreativo, il focus sarà sulla procreazione medicalmente assistita e dunque sulla fecondazione eterologa scelta da coppie di lesbiche che vivano in Paesi — come l'Italia, la Croazia e l'Ungheria — ove l'accesso alla procreazione medicalmente assistita non è consentito a coppie omosessuali o a singoli e sulla gestazione per altri commissionata da coppie eterosessuali o gay che vivano in uno dei tanti Paesi in cui essa è vietata. Anche qui l'Italia appare meritevole di specifica attenzione a causa della rilevanza quantitativa del turismo procreativo. Secondo la più recente indagine disponibile infatti il 32% circa di tutti i cicli di trattamento di procreazione medicalmente assistita su pazienti stranieri — tra quelli effettuati da 46 cliniche operanti in Belgio, Repubblica Ceca, Danimarca, Svizzera, Slovenia e Spagna — vede coinvolti cittadini italiani, seguiti da tedeschi (nel 15% dei casi), olandesi e francesi⁴.

2. *Quid iuris?*

La comparazione diacronica e sincronica delle risposte date dai diversi ordinamenti giuridici ai fenomeni del turismo matrimoniale e procreativo consente di individuare alcune linee di tendenza comuni: a) la progressiva erosione dell'ambito di operatività dell'ordine pubblico quale baluardo contro la trascrivibilità degli atti di famiglia formati all'estero nell'intento di eludere il diritto interno; b) che la trascrizione, sebbene abbia una efficacia meramente dichiarativa, promuove *di fatto* il riconoscimento dello status familiare e che comunque la mancata trascrizione non pregiudica il diritto individuale alla tutela della vita familiare costituita all'estero.

a) In materia matrimoniale la non annoverabilità della diversità di sesso tra i nubendi tra i principi di ordine pubblico è oggi pacifica sia nei Paesi che — come Israele — ammettono la trascrizione del matrimonio tra persone dello stesso sesso sia in quelli — come l'Italia — in cui essa è (ancora) negata.

Nella storica sentenza *Ben-Ari* la Corte suprema israeliana, prima di pronunciarsi a favore della trascrivibilità degli atti di matrimonio di cinque coppie israeliane dello stesso sesso coniugate in Canada conformemente al diritto locale, tocca il tema della conformità di tali nozze all'ordine pubblico e riferisce che il rappresentante del Governo — a domanda diretta della Corte — aveva precisato che non intendeva valersi di tale argomento e porre la questione da un punto di vista di giudizio di valore sul matrimonio *same-sex*⁵.

In Italia, il limite dell'ordine pubblico aveva inizialmente avuto un ruolo centrale per negare la trascrivibilità. Nel 2005 il Tribunale di Latina, scriveva infatti che la contrarietà all'ordine pubblico del matrimonio tra persone dello stesso sesso deriva dal suo contrasto "con la storia, la tradizione, la cultura della comunità italiana, secondo una valutazione recepita dal legislatore e trasfusa nelle norme di legge"⁶. Tale richiamo è stato tuttavia com'è noto progressivamente abbandonato dalla giurisprudenza di legittimità e di merito e dalla prassi amministrativa⁷. Le ragioni di tale abdicazione paiono essenzialmente due. La prima è la condivisione di principi e valori, tra cui il divieto di discriminazioni sulla base

4 F. Shenfield, J. de Mouzon, G. Pennings, A.P. Ferraretti, A. Nyboe Andersen, G. de Wert, V. Goossens, *Cross Border Reproductive Care in Six European Countries*, in *Human Reproduction*, 2010, volume 25, 6, pp. 1361-1368.

5 HCJ 3045/05, *Ben-Ari v. The Director of the Population Administration in the Ministry of the Interior*, sentenza del 21 novembre 2006, par. 20.

6 Tribunale di Latina, sentenza del 10 giugno 2005, in *Famiglia e diritto*, 2005, p. 411 che cita il conforme parere espresso con nota del 28 febbraio 2004 dal Ministero dell'Interno sulla vicenda e Circolari del Ministero dell'Interno del 26 marzo 2001 e 18 marzo 2007.

7 I successivi gradi di giudizio della controversia oggetto di esame del Tribunale di Latina nel 2005 già abbandonano i riferimenti all'ordine pubblico, pur ribadendo la non trascrivibilità: Corte d'appello di Roma, sentenza del 13 luglio 2006, in *Famiglia e diritto*, 2007, p. 166 e Corte di cassazione, sentenza del 15 marzo 2012, n. 4184, in *Articolo29*, www.articolo29.it. Il riferimento all'ordine pubblico è inoltre sparito nella Circolare Min. Interno del 7 ottobre 2014 che pure continua a negare la trascrizione.

dell'orientamento sessuale (art. 14 CEDU e art. 21 Carta di Nizza), il diritto delle coppie dello stesso sesso al rispetto della vita familiare (Corte Edu, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*) e, nello specifico, alla formalizzazione della loro relazione di coppia (Corte Edu, 27 giugno 2015, *Oliari c. Italia*), nonché la libertà di circolazione entro i confini dell'Unione (cfr. art. 3, paragrafo 2, Trattato sull'Unione europea e art. 4, paragrafo 2, lettera a), e articoli 20, 26 e 45-48 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea)⁸. L'appartenenza all'Unione europea e al Consiglio d'Europa dovrebbe infatti di per sé impedire di considerare contrario ai propri principi fondamentali un atto posto in essere in un altro Stato membro, conformemente al diritto locale. Al medesimo risultato dovrebbe poi contribuire in generale l'incremento del numero di diritti nazionali "altri" che riconoscono alle coppie dello stesso sesso il diritto di contrarre matrimonio⁹.

Con riferimento al turismo procreativo, invece, il percorso di riduzione del ruolo dell'ordine pubblico è più lento. Tutti i principi di ordine pubblico individuati stanno infatti progressivamente cedendo rispetto alla necessità di garantire l'interesse dei minorenni¹⁰.

L'ordinamento francese, il più restio ad ammettere il riconoscimento di effetti nello Stato alla gestazione per altri¹¹, ha recentemente ammesso la trascrizione dell'atto di nascita che indichi come genitori la madre surrogata e il padre committente che sia anche genitore biologico¹². Si è così sovvertito il consolidato orientamento secondo cui la trascrizione di tali atti sarebbe di per sé contraria all'ordine pubblico poiché la GDA è lesiva della dignità delle madri surrogate e causa di una mercificazione dello stato di filiazione. Il *revirement* francese si deve in gran parte a due condanne sul punto subite dall'ordinamento d'oltralpe a opera della Corte Edu, 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*, in cui la Corte afferma che la discrezionalità dello Stato risulta limitata dall'esistenza di un legame genetico tra i bambini e gli uomini delle coppie eterosessuali committenti. Secondo la Corte Edu, il diritto dei minori al rispetto della vita privata imponeva il riconoscimento quantomeno del vincolo di genitorialità nei confronti del genitore genetico.

Nel dicembre 2014 la Corte costituzionale tedesca ha affermato che non è contrario all'ordine pubblico il riconoscimento in Germania di una decisione giudiziaria californiana che indica come genitori la coppia committente: ai fini della determinazione del contenuto dell'ordine pubblico devono infatti essere considerati anche il migliore interesse del minore e l'interesse a evitare situazioni giuridiche claudicanti¹³.

In Italia, una sentenza della Corte di appello di Torino ha ammesso la trascrizione dell'atto di nascita di un minore concepito e nato in Spagna da due donne residenti in Italia: la prima delle quali, di cittadinanza spagnola, aveva portato avanti la gravidanza, mentre la seconda aveva fornito l'ovocita poi fecondato con il seme di un donatore anonimo e impiantato nell'utero della compagna¹⁴. Nella pronuncia l'argomento dell'ordine pubblico viene ribaltato: esso non solo non impedisce la trascrizione ma impone di "garantire la copertura giuridica ad una situazione di fatto in essere da anni, nell'esclusivo interesse di un bambino che è stato cresciuto da due donne che la legge riconosce entrambe come

8 Cfr. Tribunale di Grosseto, sentenza del 26 febbraio 2015, in *Articolo29*, www.articolo29.it, che sottolinea la partecipazione dell'Italia "a un sistema ordinamentale multilivello", con la conseguenza che "il vaglio della trascrivibilità del matrimonio omosessuale non può prescindere dal sistema di garanzie apprestato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo".

9 Così Tribunale di Grosseto, sentenza del 26 febbraio 2015, *cit.*, secondo cui "appare allora particolarmente rilevante il numero di Stati che in Europa riconosce il matrimonio omosessuale..". Il fatto che il progressivo *consensus* riduca il margine di discrezionalità da riconoscere agli Stati nella scelta delle modalità di implementazione dei diritti fondamentali è del resto principio costantemente affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (sul tema cfr. in generale F. Viglione, *Dubbi e ambiguità sul ruolo del diritto comparato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Europa e Diritto Privato*, 2015, p. 177).

10 Così G. O. Cesaro, P. Lovati, G. Mastrangelo, *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico ed interesse del minore*, Milano, Franco Angeli, 2014.

11 Esiste nell'ordinamento un'apposita norma di diritto civile che dichiara nullo il contratto di gestazione per altri (art. 16-7 *Code civil*). Significativo mi pare poi il dato culturale dell'animosità di buona parte della dottrina francese contro le sentenze della Corte europea: cfr. G. Puppink, C. de la Hougue, *Paradiso et Campanelli c/ Italie: la CEDH entérine une vente d'enfant par GPA*, in *Revue Lamy Droit Civil*, n.126, 2015 e Id., *Vers la libéralisation de la GPA - À propos des affaires Mennesson c/ France et Labassee c/ France*, in *Revue Lamy Droit Civil*, n.128, 2014.

12 Cour de Cassation, Assemblée plénière, sentenza del 3 luglio 2015, n. 619 (ricorso n. 14-21.323) e n. 620 (ricorso n.15-50.002), in www.courdecassation.fr.

13 Bundesgerichtshof, sentenza del 10 dicembre 2014. La Corte si riserva in modo esplicito la facoltà di decidere diversamente in situazioni diverse, segnatamente il caso in cui nessuno dei committenti sia padre biologico o che la madre di parto sia anche madre biologica (vd. par. 53).

14 Corte d'appello di Torino, sentenza del 29 ottobre 2014, in *Articolo29*, www.articolo29.it.

madri”¹⁵. La sentenza è stata peraltro oggetto di ricorso alla Cassazione da parte del Procuratore generale che fonda il suo atto proprio sulla contrarietà all’ordine pubblico degli effetti della trascrizione: “che il principio per cui la filiazione sia necessariamente discendenza da persone di sesso diverso sia un principio fondamentale, e addirittura immanente perché discendente dal diritto naturale, non sembra possa in alcun modo essere messo in discussione, *con conseguente contrasto con l’ordine pubblico*”¹⁶.

Rimane invece in tutti gli Stati, con l’avallo della Corte europea dei diritti dell’uomo¹⁷, il diniego di trascrizione dell’atto di nascita del minore concepito all’estero con GPA nel caso in cui manchi un rapporto genetico di filiazione con entrambi i membri della coppia committente. In tal caso infatti il principio di ordine pubblico che si assume violato è quello secondo cui gli aspiranti genitori di un minore con il quale non abbiano vincoli genetici debbano seguire le procedure e le garanzie previste dalla normativa sull’adozione dei minorenni¹⁸. La ragione — evidente — della resistenza di questo principio di ordine pubblico è che anch’esso è espressione del principio del superiore interesse del minore, inteso in questo caso non con riferimento concreto a un singolo bambino, ma a tutti i bambini che potrebbero astrattamente essere lesi nel loro diritto a una famiglia migliore possibile qualora si aprisse un canale indiscriminato per il loro procacciamento a opera di aspiranti genitori.

b) Un altro elemento di interesse che emerge dalla giurisprudenza e dalla prassi amministrativa in materia di turismo matrimoniale e procreativo è il carattere formalistico (e pretestuoso) della contrapposizione tra trascrizione e riconoscimento della situazione familiare. Nella pratica, infatti, la trascrizione, sebbene abbia formalmente efficacia meramente dichiarativa, apre la strada al riconoscimento dello *status* familiare. Oltre a ciò, la mancata trascrizione non pregiudica il diritto individuale alla tutela della vita familiare costituita all’estero.

In effetti, in tutti i Paesi esaminati, la battaglia contro il turismo matrimoniale e procreativo coinvolge essenzialmente il piano della trascrivibilità degli atti di famiglia formati all’estero, segnatamente sotto il profilo della loro conformità all’ordine pubblico, che si tende a identificare con il diritto nazionale¹⁹. Nel momento in cui — come illustrato *supra* — l’argomento dell’ordine pubblico “evapora”, si ammette la trascrizione e, *de plano*, quasi come una conseguenza necessitata della stessa, il riconoscimento dello *status* familiare costituito all’estero.

Nella già menzionata pronuncia della Corte suprema israeliana sulla trascrivibilità si sottolinea che la trascrizione dell’atto di matrimonio è un passaggio obbligato per l’ufficiale di stato civile cui sia presentata un’idonea certificazione formata da una pubblica autorità all’estero *lege fori*. La preoccupazione che emerge nella sentenza è di mantenere distinti i piani della trascrivibilità e del riconoscimento dello *status*, evitando ogni giudizio sulla “validità” dei matrimoni tra persone dello stesso sesso e quindi sullo *status* coniugale dei ricorrenti (“i ricorrenti non stanno chiedendo di riconoscere la validità del loro matrimonio celebrato all’estero in Israele... i ricorsi pongono la questione dei poteri dell’ufficiale dello stato civile di rifiutare la trascrizione e non una questione di validità del matrimonio... non stiamo prendendo posizione sul riconoscimento in Israele di matrimoni tra persone dello stesso sesso avvenuti fuori da Israele”). È tuttavia evidente che dopo la trascrizione le nozze *same-sex* celebrate all’estero producono nella sostanza gli effetti tipici matrimoniali²⁰. A conferma di ciò, si può citare la giurisprudenza israeliana successiva al 2006. Nel 2012, infatti, la *Tel Aviv Family Court* ha per la prima volta pronunciato

15 *Ibidem*.

16 Procura Generale di Torino, Ricorso per cassazione contro la sentenza della Corte d’appello di Torino, sentenza del 29 ottobre 2014, 5 marzo 2015, inedito (corsivo nostro).

17 Cfr. Corte Edu, 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*. La pronuncia può essere letta in *Articolo29*, www.articolo29.it e in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, I, 834, con nota di A. Schuster.

18 Cfr. Corte di Cassazione, sentenza dell’11 novembre 2014, n. 2401, secondo cui “il legislatore italiano (...) ha considerato, non irragionevolmente, che tale interesse (l’interesse superiore del minore NdA) si realizzi (...) affidando (...) all’istituto dell’adozione, realizzata con le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale, piuttosto che al semplice accordo della parti, la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico”.

19 Così anche M. C. Venuti, secondo cui, con riferimento all’atto di nascita del minore concepito all’estero con la gestazione per altri, “anche figurativamente è come se su di esso si coagulasse la frizione tra la liceità della pratica di maternità per sostituzione e la conseguente attribuzione della genitorialità al padre e alla madre “sociali” secondo la normativa dello stato straniero” (M. C. Venuti, *Coppie sterili o infertili e coppie “same sex”*, cit., 267).

20 Il punto è sottolineato nella sua *dissenting opinion* dal giudice Rubinstein, secondo cui è evidente che la trascrizione determinerà il riconoscimento *de facto* del matrimonio celebrato all’estero (“La persona comune non distingue tra trascrizione e riconoscimento dello *status*: se andassimo per strada e chiedessimo alla gente, penso proprio che nessuno metterebbe in discussione il fatto che siano la stessa cosa ...”).

il divorzio di una coppia dello stesso sesso che si era sposata all'estero: ciò è evidentemente il segno di come le situazioni transnazionali impattino sull'ordinamento interno²¹.

Anche in Italia, peraltro, pur nella maggioritaria convinzione dell'intrascrivibilità dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero, si moltiplicano i casi di riconoscimento *de facto* dello status. Un esempio è il rilascio della carta di soggiorno al cittadino extracomunitario coniugato con un cittadino italiano²².

Con riferimento invece alla relazione verticale tra adulti "committenti" e minori, a favore dell'esigenza di riconoscere rilevanza e quindi tutela alla vita familiare esistente *de facto*, gioca — com'è evidente — un ruolo fondamentale il già richiamato principio del superiore interesse del minore. In quest'ottica, lo stesso testo originario della legge n.40/2004, pur vietando la fecondazione eterologa²³, ne disciplinava le conseguenze in senso protettivo per la prole, vietando il disconoscimento della paternità al marito della madre che abbia consentito all'intervento e l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità a entrambi i genitori "sociali" che non siano anche genitori genetici, nonché al donatore di gameti di vantare qualsivoglia diritto (art. 9). Insomma, come rilevato dalla Corte costituzionale "il legislatore, avendo consapevolezza della legittimità della PMA di tipo eterologo in molti paesi d'Europa, li ha opportunamente regolamentati, dato che i cittadini italiani potevano (e possono) recarsi in questi ultimi per fare ad essa ricorso, come in effetti è accaduto in un non irrilevante numero di casi"²⁴.

Nella sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* (27 gennaio 2015) la Corte europea dei diritti dell'uomo rileva che non contrasta con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo il rifiuto delle autorità italiane di trascrivere nei registri dello stato civile l'atto di nascita di un bambino nato in Russia mediante GPA da una coppia italiana, ma che viola invece la Convenzione la decisione delle autorità minorili di allontanare il minore dalla coppia "committente" ritenuta inidonea a prendersi cura dello stesso a causa dell'illegalità del comportamento posto in essere per procacciarsi il minore, malgrado il minore vivesse ormai da alcuni mesi con i coniugi, i quali peraltro erano stati alcuni anni prima valutati idonei all'adozione internazionale²⁵.

Nella stessa linea di pensiero si pone in Italia la già menzionata pronuncia della Corte d'Appello di Torino del 2014 che ammette la trascrizione dell'atto di nascita spagnolo indicante come genitori le due co-mamme in quanto "Assume rilievo determinante la circostanza che la famiglia esista non tanto sul piano dei partner ma con riferimento alla posizione, allo status e alla tutela del figlio"²⁶. È infatti evidente che, indipendentemente dalla trascrizione, limitare o escludere il riconoscimento della vita familiare costituitasi all'estero ed effettivamente esistente danneggia il minore.

Più recentemente, facendo espresso riferimento alla sentenza *Paradiso e Campanelli*, una recente pronuncia fiorentina ha dichiarato il non luogo a provvedere in ordine a una dichiarazione dello stato di adottabilità di due gemellini nati in Ucraina con GPA²⁷. La sentenza pare superare quell'orientamento a

21 La Corte ha precisato l'assenza di giurisdizione in materia del tribunale rabbinico poiché il diritto ebraico non riconosce il matrimonio tra persone dello stesso sesso. La competenza dei tribunali civili deriva dal fatto che ai sensi della legge sull'ordinamento civile del 1984 i giudici civili hanno competenza nei casi in cui i tribunali religiosi non la abbiano e sia comunque necessario rendere giustizia.

22 Cfr. Tribunale di Reggio Emilia, sentenza del 13 febbraio 2012, in *Articolo29*, www.articolo29.it. Si trattava nel caso di specie di un cittadino uruguayano, sposato in Spagna con un cittadino italiano: secondo il Tribunale, "la finalità di rimuovere gli ostacoli alla libertà di circolazione delle persone è conseguita del legislatore europeo consentendo ai cittadini europei di circolare all'interno dell'Unione insieme ai loro familiari secondo la legislazione nazionale ove si è formata l'unità familiare". Recentissimamente la Questura di Parma ha riconosciuto il permesso di soggiorno per motivi familiari a un argentino sposato in Argentina con un italiano di origine argentina (si tratta qui di una fattispecie peculiare di turismo matrimoniale perché il riconoscimento della cittadinanza italiana era stato chiesto in vista del progetto migratorio della coppia: Comune di Parma, Permesso di soggiorno per Pablo e Ruben, 2015, in Comune di Parma, <http://www.comune.parma.it/notizie/comunicati/FAMIGLIA+E+PERSONA/2015-09-07/Coppia-gay-ottiene-il-permesso-di-soggiorno.aspx>).

23 Divieto com'è noto poi dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte costituzionale, sentenza del 10 giugno 2014, n. 162.

24 Corte costituzionale, sentenza del 10 giugno 2014, n.162.

25 "Secondo la Corte, il riferimento all'ordine pubblico non può tuttavia essere preso come una carta bianca che giustifichi qualsiasi misura, in quanto l'obbligo di tenere in considerazione l'interesse superiore del minore incombe allo Stato indipendentemente dalla natura del legame genitoriale, genetico o di altro tipo." (Corte Edu, 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, m cit., par.80). Il riferimento è qui, com'è evidente, all'ordine pubblico interno.

26 Corte d'appello di Torino, sentenza del 29 ottobre 2014, *cit*.

27 Tribunale per i minorenni di Firenze, sentenza del 15 giugno 2015, *inedita*.

oggi maggioritario, e autorevolmente avallato dalla Corte di cassazione²⁸, che riteneva integrato lo stato di abbandono dalla mancata genitorialità giuridica conseguente alla non trascrivibilità²⁹.

Oltre a ciò, si stanno moltiplicando gli ambiti di riconoscimento *de facto*, pur in assenza di trascrizione, di filiazioni realizzate all'estero per eludere gli ostacoli del diritto interno. Pensiamo alla tutela del diritto del minore e del genitore sociale³⁰ alla frequentazione anche dopo la rottura della relazione di coppia tra i genitori dello stesso sesso³¹, alla possibilità di adozione in casi particolari del minore da parte del genitore sociale³² o anche, più semplicemente, al riconoscimento dal personale scolastico al genitore sociale della possibilità di prendere il minore a scuola senza necessità di delega del genitore "di diritto", di partecipare alle riunioni ed elezioni scolastiche, di firmare il diario etc...

3. Un tentativo di bilancio

Uno degli aspetti della globalizzazione e dell'accesso alle nuove tecnologie di riproduzione assistita è l'aumento dei modelli familiari e la diffusione di nuove pratiche di genitorialità. Essenzialmente per due ordini di ragioni tra loro collegate. Anzitutto, si ampliano i contesti sociali, normativi e tecnologici all'interno dei quali l'individuo effettua le proprie scelte e sviluppa le proprie strategie e pratiche familiari³³. In secondo luogo, la visibilità di modelli familiari "altri" sollecita la società e i legislatori nazionali alla ridefinizione dei modelli familiari socialmente e culturalmente dominanti: come già accennato, il diritto comparato e il *consensus* tra gli ordinamenti giuridici costituiscono di per sé un fattore di legittimazione della bontà di modelli familiari "altri".

Per quanto concerne poi specificamente il turismo matrimoniale e procreativo, espatriare onde realizzare un progetto familiare non consentito dal diritto interno ma ammesso all'estero ben può essere interpretato come una "pratica di resistenza" messa in atto da individui che agiscono "contro" il loro diritto nazionale, percepito come contrario al proprio sistema di valori e dunque "in-giusto", onde "colmare la distanza tra la realtà delle relazioni affettive e il diritto"³⁴. Nei confronti dell'esterno poi, l'effetto indiretto di tale fenomeno è di corroborare socialmente e culturalmente alcuni principi già presenti da tempo nell'ordinamento giuridico, ma talvolta ancora osteggiati: il principio secondo il quale la responsabilità genitoriale deriva dalla procreazione, prescindendo dunque per esempio dalla circostanza dell'esistenza o meno di una unione coniugale tra i due genitori³⁵; il principio secondo il quale il matrimonio non è volto alla procreazione; il principio cosiddetto della plurigenitorialità "ordinata", che rico-

28 Corte di cassazione, prima sezione civile, 11 novembre 2014 n. 24001, in *Articolo29*, www.articolo29.it. La pronuncia avalla la dichiarazione dello stato di adottabilità di un minore nato in Ucraina con gestazione per altri su richiesta di una coppia di coniugi italiani con nessuno dei quali risultava avere un rapporto genetico di filiazione.

29 Occorre tuttavia osservare che nel caso sottoposto all'esame del Tribunale per i minorenni di Firenze i gemellini erano risultati figli biologici del padre "committente" e risultavano pendenti un procedimento civile di contestazione dello stato di figlio (la sentenza parla curiosamente di "disconoscimento della maternità") e un procedimento penale per alterazione di stato.

30 Con tale espressione, com'è noto, si intende qui fare riferimento a quella persona che, pur in mancanza di un rapporto genetico e giuridico di filiazione, ha costruito con il minore una relazione di fatto il cui contenuto corrisponde nella sostanza ai diritti e doveri che per legge derivano dalla costituzione del rapporto giuridico di filiazione.

31 Tribunale di Palermo, decreto del 6 aprile 2015, in *Articolo29*, www.articolo29.it. In sede di impugnazione, la Corte d'Appello ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 337 *ter* c.c. nella parte in cui non consente al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore mantenere rapporti con il genitore "sociale" *ex partner* di quello biologico (Corte d'appello di Palermo, ordinanza del 31 agosto 2015, in *Articolo29*, www.articolo29.it).

32 Tribunale per i minorenni di Roma, sentenza del 30 luglio 2014, in *Articolo29*, www.articolo29.it.

33 In termini giuridici ciò implica, com'è evidente, il superamento di fatto dei limiti posti dal diritto nazionale. Di liberalizzazione indiretta della maternità surrogata anche nei Paesi in cui essa è vietata dal diritto interno parla la dottrina francese, con riferimento ad alcuni recenti arresti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo: cfr. G. Puppincq e C. de la Hougue, *Vers la libéralisation de la GPA - À propos des affaires Mennesson c/ France et Labassee c/ France*, cit.

34 R. Bosisio, *Le relazioni di responsabilità nelle famiglie omogenitoriali italiane*, in *Le famiglie omogenitoriali*, R. Bosisio e P. Ronfani, Roma, Carocci, 2015, p. 113.

35 Come peraltro ancora lascia intendere la lettera dell'art. 147 c.c.

nosce la possibile compresenza nell'interesse del minore di diverse figure genitoriali, senza confusione né di posti né di responsabilità³⁶.

Da un punto di vista giuridico l'“evaporazione” del ruolo dell'ordine pubblico quale baluardo contro l'ingresso nell'ordinamento di *status* familiari pretestuosamente acquisiti all'estero e la crescente trascrivibilità dei relativi atti di famiglia segnano la tendenza degli ordinamenti giuridici ad aprirsi al riconoscimento della legittimità di queste “pratiche di resistenza” messe in atto contro il proprio diritto nazionale. In Italia, nel senso della fattibilità (e quindi in concreto della tolleranza) del turismo procreativo pareva del resto esprimersi addirittura il testo originario della legge 40/2004 che, malgrado il divieto di fecondazione eterologa³⁷, escludeva la punibilità di chi facesse ricorso a questa tecnica (prevedendo però gravose sanzioni per il personale sanitario!), con l'ovvia conseguenza di scoraggiarne l'uso in Italia, ma non all'estero³⁸. Recente giurisprudenza penale ha poi negato la ravvisabilità del reato di cui all'art. 495 c.p. (falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri) nella richiesta di trascrizione dell'atto di nascita di un minore concepito e nato all'estero da madre surrogata affermando che “a seguito delle due sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo del 26 giugno 2014, è divenuto irrilevante il metodo di concepimento della prole, quale presupposto per il riconoscimento della maternità e paternità, sicché la surrichiamata richiesta di trascrizione, pur non conforme al vero, è però inidonea a vulnerare l'interesse legalmente tutelato, la veridicità dell'attestazione, e costituisce un falso innocuo, non punibile”³⁹.

Ove si riconosca la legittimità del turismo matrimoniale e procreativo, l'effetto è una “globalizzazione dei diritti”, cioè la promozione della tutela di diritti percepiti come fondamentali in un numero crescente di Paesi. Anzitutto, viene in considerazione il diritto delle coppie dello stesso sesso alla formalizzazione della loro relazione di coppia, oggi affermato in termini espliciti dalla già menzionata sentenza *Oliari c. Italia*. L'altro diritto interessato è quello a non subire ingiustificate ingerenze in ambito procreativo, così come riconosciuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte Edu, 3 novembre 2011, *S H c. Austria*) e dalla nostra Corte costituzionale (sentenza 10 giugno 2014, n.162)⁴⁰.

D'altro canto, tuttavia, appare concreto il rischio di una discriminazione censitaria nell'accesso al matrimonio e alla filiazione, e quindi nel godimento dei diritti fondamentali, a causa dei costi della realizzazione del progetto all'estero⁴¹. In quest'ottica, sarebbe essenziale l'analisi dell'impatto socio-economico di questo tipo di turismo e del ruolo delle politiche sociali nella sua realizzazione. Occorrerebbe in particolare chiedersi in che modo il sistema di *welfare* sostenga od ostacoli i rapporti e le relazioni familiari che nascono a seguito di progetti di coppia e di genitorialità pensati al di fuori dei confini nazionali? Pensiamo alla possibilità per i coniugi dello stesso sesso coniugati all'estero di accedere ai diritti

36 Esemplari in questo senso mi paiono le parole della già menzionata pronuncia del Tribunale per i minorenni di Firenze, 15 giugno 2015 (cit.) che rileva l'assenza dello stato di adottabilità dei gemellini “in adesione... alla visione pluralista della famiglia” anche emergente dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e afferma che la donna committente (moglie del padre biologico) “deve essere considerata madre sociale” dei figli concepiti con la gestazione per altri invocando poi tale ruolo (assolutamente inedito per il diritto italiano) per argomentare sull'assenza dello stato di abbandono.

37 Tale divieto, com'è noto, è stato poi dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte costituzionale con sentenza 10 giugno 2014, n.162.

38 Rilevano la “schizofrenia legislativa” insita nella normativa M. D'Amico, M. P. Costantini, *L'illegittimità costituzionale del divieto della “fecondazione eterologa”*, Milano, Franco Angeli, 2014, p. 220.

39 Tribunale di Varese, sentenza dell'8 ottobre 2014 – 7 novembre 2014, in *Articolo29*, www.articolo29.it.

40 Secondo tale pronuncia, “la scelta di tale coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà ... è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare. Conseguentemente, le limitazioni di tale libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango”.

Non si può invece, com'è noto, parlare di un “diritto alla genitorialità” o di un “diritto al figlio” in senso proprio in quanto il generale principio del superiore interesse del minore impone nella relazione adulto-minore la prevalenza dell'interesse del minore rispetto a quello dell'adulto (con la conseguenza, per esempio, che gli aspiranti adottanti non possono pretendere il rispetto di un criterio cronologico nell'effettuazioni degli abbinamenti con i minori disponibili all'adozione o che appare legittimo negare l'adozione a un soggetto che abbia una condizione soggettiva che rischi in concreto di pregiudicare l'adottando).

41 Cfr. Tribunale di Milano, ordinanza 8 aprile 2013 che solleva questione di legittimità costituzionale in relazione al divieto di fecondazione eterologa di cui alla legge n.40/2004 anche poiché la disciplina discriminerebbe le coppie in base alla situazione patrimoniale poiché “quelle abbienti possono, infatti, praticare la fecondazione eterologa all'estero, ricorrendo ad una sorta di «turismo procreativo» che vanificherebbe il divieto censurato, nel quadro di una regolamentazione viziata da incoerenza, poiché, da un canto, stabilisce il divieto di tale tecnica terapeutica, dall'altro, prevede la non punibilità di coloro che vi fanno ricorso e disciplina compiutamente la situazione del nato”.

sociali su un piano di parità con le coppie coniugate nello Stato, ma anche alla rimborsabilità delle spese sostenute all'estero per la procreazione medicalmente assistita o ancora alla fruibilità del congedo di maternità da parte della madre committente nel caso di gestazione per altri⁴².

42 Su quest'ultimo punto, la Corte di giustizia si è recentemente pronunciata nel senso della legittimità rispetto al diritto dell'Unione Europea del diniego da parte di uno Stato di riconoscere il congedo di maternità alla madre committente nel caso di gestazione per altri realizzata all'estero. Il caso concerneva una gestazione per altri effettuata da una donna irlandese nel Regno Unito: il congedo di maternità era stato escluso proprio perché il diritto irlandese non prevede una disciplina per la surrogazione di maternità (Corte di giustizia Ue, 18 marzo 2014, C-363/12, *Z. v. A Government department, The Board of management of a community school*).

Denise Amram*

Il cielo d'Irlanda si tinge di arcobaleno

Sommario

1. Introduzione. L'era delle grandi riforme irlandesi – 2. Dalle *Civil Partnership* al referendum sul matrimonio tra persone dello stesso sesso – 3. Il Children and Family Relationships Act – 4. Il Gender Recognition Act 2015 – 5. L'esperienza irlandese alla luce del dibattito italiano

Abstract

Con Referendum del 22 maggio 2015 l'Irlanda ha approvato il Thirty-fourth Amendment of the Constitution (Marriage Equality) Bill 2015 n. 5 che ha introdotto un modello matrimoniale c.d. "*gender neutral*". Leggendo il risultato referendario alla luce di una evoluzione sociale che ha attraversato il paese negli ultimi anni, il presente contributo illustra la significativa attività legislativa che ha rivoluzionato il diritto della famiglia e delle persone irlandese, offrendo interessanti spunti di riflessione per il dibattito italiano.

On May 22nd 2015 Ireland approved the Thirty-fourth Amendment of the Constitution (Marriage Equality) Bill 2015 n. 5, aiming at introducing a gender-neutral model for marriage in the Irish Constitution. This paper aims at interpreting the Referendum result in light of the social evolution which brought Ireland to enact important reforms on individual person and family law in the last years. As a conclusion, we will look at the Irish experience as an opportunity to enrich the current Italian debate on these issues.

1. Introduzione. L'era delle grandi riforme irlandesi

Con il 62% dei voti favorevoli, l'Irlanda diventa il primo paese al mondo ad aver esteso l'istituto matrimoniale alle coppie dello stesso sesso attraverso una consultazione popolare.

In realtà, il referendum è parte di un più complesso *iter* di revisione della Costituzione irlandese: ai sensi dell'articolo 46 Cost., la proposta di modifica di una norma costituzionale (Amendment of the Constitution Bill) deve essere prima approvata da entrambe le camere (Seanad e Dáil) e poi sottoposta a consultazione popolare. La stessa passa (o meno) con la maggioranza semplice dei voti espressi, non essendo richiesto alcun quorum partecipativo. Infine, il Presidente della Repubblica, a seguito di un

* Assegnista di ricerca in Diritto Privato Comparato, Scuola Superiore Sant'Anna (Pisa) e Avvocato del Foro di Pisa. Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

controllo formale, promulga la nuova norma¹, che nel caso dell'art. 41, sub. 4, oggi recita: "*Marriage may be contracted in accordance with law by two persons without distinction as to their sex*"².

Dallo stretto margine con cui era stata abolita, al secondo tentativo, l'indissolubilità del matrimonio nel 1995, la società irlandese sembrerebbe aver interiorizzato un concetto laico di famiglia non più vincolato alla concezione cattolica che aveva direttamente influenzato il testo costituzionale irlandese³.

Questa evoluzione sociale, accompagnata da una crescita economica e politica del paese⁴, ma soprattutto da una maggiore attenzione verso i diritti fondamentali della persona⁵, si è riflessa in una copiosa stagione di riforme socio-economiche e, per quanto ci riguarda, in una significativa attività legislativa.

In particolare, negli ultimi cinque anni, il diritto della famiglia irlandese ha subito una vera e propria rivoluzione, passando dal riconoscimento di un unico modello familiare, quale il matrimonio eterosessuale suscettibile di essere sciolto al verificarsi di specifiche condizioni, all'accoglimento di una pluralità di modelli, volti a tutelare sia i rapporti tra adulti (*cohabitants* e *civil partnerships*) che quelli adulti-figli (inclusa la genitorialità naturale e quella sociale).

L'esigenza di regolamentare modelli familiari diversi è stata particolarmente avvertita in occasione del caso *Mc D. v L. & Anor* portato dinanzi alla Supreme Court nel 2009. Il caso concerneva il respingimento della richiesta di *guardianship/access* avanzata dal padre biologico di un minore nato attraverso PMA e cresciuto dalla madre biologica e dalla sua partner omosessuale⁶. La questione ha fatto emergere, da un lato, la necessità di attribuire un riconoscimento formale alle unioni omosessuali registrate all'estero, dall'altro, l'esigenza di disciplinare i rapporti tra genitori-figli in assenza di un vincolo matrimoniale, dall'altro ancora, l'urgenza di dare certezza nell'attribuzione dei ruoli genitoriali in caso di fecondazione artificiale, non regolamentata in Irlanda⁷.

Orbene, in breve tempo, il legislatore irlandese parrebbe essersi dotato degli strumenti per colmare dette lacune.

In primo luogo, le unioni omosessuali e i rapporti personali e patrimoniali tra conviventi sono stati oggetto di regolamentazione nel *Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010*⁸.

Nel 2012 il *Thirty-first Amendment of the Constitution (Children) Act* (anch'esso approvato a seguito di referendum)⁹ ha introdotto una protezione costituzionale dei diritti dei fanciulli. Oltre a richiamare il principio del c.d. *best interest of the child*, il nuovo articolo 42A Cost. ha stabilito le condizioni di intervento dello Stato nei casi di abbandono del minore, rimuovendo in particolare la disparità di trat-

- 1 Dal 1937 sono stati presentati 35 Amendments of the Constitution e in ben 11 casi il popolo irlandese si è opposto all'approvazione delle proposte di revisione costituzionale. In particolare, in materia di diritto della famiglia, l'avallo popolare è mancato nel 1986 sulla proposta di rimuovere il divieto di divorzio, il cui esito è stato, tuttavia, ribaltato nel 1995 con l'approvazione del nuovo articolo 41, sub. 3, contenente i presupposti per lo scioglimento del vincolo coniugale. Aborto e adesione ai trattati internazionali e dell'Unione Europea sono i temi che hanno più volte sollecitato proposte di modifiche costituzionali, chiamando alle urne il popolo irlandese.
- 2 Il testo del *Thirty-fourth Amendment of the Constitution (Marriage Equality) Bill 2015*, n. 5, in questa *Rivista*, 2015, 1, p. 275.
- 3 CP James, *Céad Míle Fáilte? Ireland Welcomes Divorce: the Irish 1995 Divorce Referendum and the Family (Divorce) Act 1996*, in *Duke Journal of Comparative and International Law*, 1997, Vol 8, p. 175 ss., 185.
- 4 Per un approfondimento N. Crafts, *Interpreting Ireland's Economic Growth*, in *United Nations Industrial Development Organization*, 2005; Dan O'Brien Ireland, *Europe and the world: writings on a new century*, Dublin, Gill & MacMillan Limited, 2009; P. Breathnach, *The Service Sector*, in *Understanding Contemporary Ireland*, Bartley, B. and Kitchin, R. (eds), London, Pluto Press, 2007, pp. 146-157.
- 5 Si pensi che la Convenzione Edu è stata incorporata nel tessuto normativo irlandese, diventando dunque direttamente applicabile, soltanto nel 2003 con l'*European Convention on Human Rights (ECHR) Act (2003)*.
- 6 *Mc D. v L. & Anor*, 2009, IESC 81.
- 7 Facendo prevalere l'accordo tra le parti in occasione della donazione di sperma che prevedeva l'attribuzione della responsabilità genitoriale alle due donne sul legame di sangue, la Supreme Court ha respinto l'istanza del padre biologico, in quanto la tutela accordata dagli articoli 41 e 42 della Costituzione non è suscettibile di applicazione in assenza di vincolo matrimoniale. Nel precedente grado di giudizio, la High Court, interpretando la questione alla luce dell'Art. 8 della Convenzione Edu, aveva definito il nucleo familiare come una *de facto family*, cfr. *Mc D. v L. & Anor*, 2008, IEHC 96. Per un approfondimento, K. Carr, "Famiglia" e "Famiglie". *Circolazione delle persone e profili di armonizzazione: l'esperienza irlandese*, in *La famiglia e il diritto tra diversità nazionali e iniziative dell'Unione Europea*, D. Amram, A. D'Angelo (a cura di), Padova, Cedam, 2011, 69 ss.
- 8 *Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010*, in <http://www.irishstatutebook.ie/2010/en/act/pub/0024/>
- 9 *Thirty-first Amendment of the Constitution (Children) Act*, in <http://www.oireachtas.ie/viewdoc.asp?fn=/documents/bills28/bills/2012/7812/document1.htm>.

tamento che sussisteva tra figli naturali e quelli nati in costanza di matrimonio ai fini della applicazione della legge sull'adozione.

Con legge del 6 Aprile 2015, n.14 è stato inoltre approvato il Children and Family Relationships Act¹⁰, che — oltre a disciplinare l'accesso alla procreazione medicalmente assistita — ha compiuto una riforma epocale volta ad assicurare il benessere del fanciullo in ogni compagine familiare, dando rilevanza giuridica alla relazione con coloro che quotidianamente si prendono cura del minore al di là della sussistenza di un vincolo di sangue.

Il dibattito sui diritti LGBT è, infine, proseguito con l'approvazione del Gender Recognition Act n. 25/2015¹¹ che disciplina i presupposti per richiedere la rettificazione anagrafica di attribuzione di sesso e i relativi effetti.

2. Dalle *Civil Partnership* al referendum sul matrimonio tra persone dello stesso sesso

Il primo passo verso il riconoscimento di modelli familiari diversi da quello tradizionalmente incluso nella Costituzione irlandese è stato compiuto con l'approvazione del Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010, che ha istituito un sistema di registrazione limitato alle coppie dello stesso sesso e disciplinato alcuni diritti personali e patrimoniali per le coppie eterosessuali conviventi non unite in matrimonio.

In particolare, la legge definisce *civil partner* ciascuna delle parti di una *civil partnership* valida (*recte* che non sia stata dichiarata nulla o dissolta). L'unione viene registrata su istanza di una delle parti (o di entrambe, o di un terzo che dimostri di avere interesse) in forza di una sentenza del Tribunale. Alla costituzione di un'unione civile ostano impedimenti derivanti da legami di sangue.

I rapporti patrimoniali tra i *civil partner* sono assimilati a quelli tra coniugi per molteplici aspetti: ad esempio per la cessione della casa familiare è necessario il consenso di entrambe le parti, salvo dispensa del Tribunale. In materia di successione *mortis causa*, al *civil partner*, al pari del coniuge, è riservata una quota pari al 50% del patrimonio. Anche per lo scioglimento dell'unione registrata occorre un periodo di separazione, in questo caso di due anni, anziché quattro. Tuttavia, le parti di una *civil partnership* non possono (*recte* potevano, fino alle modifiche di cui parleremo) adottare congiuntamente, sebbene l'istituto sia (*recte* fosse) accessibile alle persone singole.

Sul mancato accesso all'adozione e alle tecniche di fecondazione artificiale, in mancanza in quest'ultimo caso di una regolamentazione *ad hoc*, si sono consolidate negli ultimi anni le rivendicazioni di uguaglianza rispetto alle coppie eterosessuali sposate.

Dal primo studio sull'omogenitorialità in Irlanda¹², presentato nel 2013 a valle di un questionario sottoposto a 323 persone omosessuali, di cui 153 genitori di 272 figli e 170 con l'intento di diventare genitori, emergeva che soltanto il 10% delle coppie aveva dichiarato di essere sposato/unito in matrimonio.

Lo studio, che aveva fatto emergere una realtà sociale del tutto estranea allo stato dell'arte della legislazione irlandese, si concludeva con alcune raccomandazioni volte riconoscere alcuni diritti alle coppie LGBT, come l'accesso al matrimonio, alle cc.dd. *second-parent adoption* e adozione, alle tecniche di procreazione medicalmente assistita senza discriminazioni e, più in generale, all'introduzione di una regolamentazione dei rapporti genitori-figli e delle responsabilità genitoriali per le realtà emerse.

Infatti, con riferimento alla genitorialità i 2/3 hanno dichiarato di essere genitori biologici di figli nati durante una precedente relazione eterosessuale o attraverso tecniche di riproduzione assistita, mentre soltanto il 7% attraverso adozione. Inoltre, il 16% dei genitori ha dichiarato di svolgere un ruolo genitoriale attivo per i propri figli, pur in assenza di riconoscimento legale dello stesso. Relativamente ai progetti di vita, i ¾ degli intervistati avrebbero fatto ricorso a tecniche di fecondazione assistita (di questi, il 30% considera l'ipotesi di concepire attraverso donatori noti, il 14% di accedere alla gestazione per altri).

10 Children and Family Relationships Act, in <http://www.oireachtas.ie/viewdoc.asp?DocID=28752&CatID=87>.

11 Gender Recognition Act, in <http://www.oireachtas.ie/documents/bills28/acts/2015/a2515.pdf>.

12 J. Pillinger - P. Fagan, *LGBT Parents in Ireland, Report from a study into the experiences of Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender People in Ireland Who Are Parents or Who Are Planning Parenthood*, in LGBT Diversity, www.lgbtdiversity.com, 2013.

I dati riportati non sono passati inosservati presso il Constitutional Convention¹³, l'organo consultivo per le riforme costituzionali istituito dal parlamento irlandese¹⁴, il quale ha fatto proprie le considerazioni che concludevano lo studio sociologico, fino ad indire il referendum sul Marriage Equality del 2015, i cui risultati sono noti.

All'indomani dell'introduzione del nuovo modello matrimoniale neutrale rispetto al genere degli sposi, è stato approvato e promulgato il progetto di legge per l'adeguamento della legge ordinaria alla modifica costituzionale, in vigore dal 16 novembre 2015¹⁵. Il Marriage Act 2015, volto ad apportare le modifiche sistematiche, letterali e di coordinamento, prevede — tra le altre — l'estensione degli impedimenti matrimoniali ai nubendi dello stesso sesso (art. 5), il dissolvimento automatico della *civil partnership* alla data della celebrazione del matrimonio tra le parti (art. 10), la disposizione di inefficacia del cambio di sesso ai fini del mantenimento del vincolo matrimoniale (art. 24, su cui *infra*).

3. Il Children and Family Relationships Act

Come osservato nel paragrafo precedente, l'esigenza di dare certezza circa l'attribuzione di diritti, doveri e responsabilità nelle relazioni genitore-figlio ha, da un lato, contribuito in maniera decisiva al dibattito sul *same-sex marriage* e, dall'altro, mantenuto una propria autonomia, tanto da divenire una priorità per il legislatore irlandese, soprattutto alla luce del c.d. Children Referendum del 2012, con cui il principio dell'interesse superiore del fanciullo ha acquisito rilevanza costituzionale¹⁶.

Con il Children and Family Relationships Act 2015 è stato, dunque, disciplinato l'accesso alla c.d. *step-parent adoption* del coniuge, partner registrato, o partner stabile del genitore biologico, nonché le condizioni per la regolamentazione dei diritti di visita, dell'affidamento e, più in generale, delle responsabilità genitoriali, a prescindere dal modello familiare in cui il minore è nato o cresciuto.

In altre parole, la nuova normativa costituisce una bussola orientativa per la determinazione dell'interesse superiore del fanciullo nelle diverse compagini familiari al fine di identificare chi e a quali condizioni debba garantire il benessere psicofisico del minore.

Il carattere rivoluzionario della riforma del 2015 riguarda la possibilità per una serie di figure genitoriali di poter chiedere l'attribuzione (eventualmente congiunta con i genitori biologici) della *guardianship*, l'istituto che regola i diritti e doveri nei confronti della persona e del patrimonio del minore¹⁷. Spetta al *guardian*, infatti, prendere le decisioni più rilevanti per il minore, tra cui quelle relative alla fissazione della residenza e della composizione del nucleo familiare, alle scelte sanitarie, educative, linguistiche, culturali e spirituali del minore.

In particolare, l'art. 49 prevede che ciascun genitore del figlio concepito attraverso PMA (ovvero ai sensi dell'art. 5 della legge si tratta della madre e del coniuge, *civil partner* o convivente della stessa) sia titolare della *guardianship*.

Inoltre, l'art. 47 specifica che in caso di adozione congiunta da parte di *civil partners* e *cohabitants*, vi sia una condivisione della *guardianship*. Infine, vi è la possibilità di richiedere l'attribuzione della stessa con riferimento al figlio del quale si prenda cura quotidianamente da almeno due anni per il coniuge, *civil partner* o convivente stabile (da almeno 3 anni) del genitore.

Nelle relazioni genitore-figlio, ciò che rileva per l'ordinamento irlandese è, da un lato, il progetto di vita della coppia con l'assunzione delle responsabilità in ragione del concepimento naturale, o attraverso PMA, o in virtù dell'adozione; dall'altro, la volontà di accompagnare, assumendosene le relative responsabilità, il minore che sia stato progetto di vita del proprio coniuge/partner/convivente nel suo sviluppo psicofisico¹⁸.

13 La mozione del 14 aprile 2013, avente ad oggetto la modifica della Costituzione irlandese nella prospettiva di estendere l'istituto matrimoniale alle coppie omosessuali, è passata con il voto favorevole del 79% dei componenti l'assemblea, cfr. <https://www.constitution.ie/AttachmentDownload.ashx?mid=b4bee9f7-fda4-e211-a5a0-005056a32ee4>.

14 Il Constitutional Convention è stato istituito con Resolution of the Houses of the Oireachtas del luglio 2012, in https://www.constitution.ie/Documents/Terms_of_Reference.pdf.

15 Marriage Act n. 35/2015, in <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2015/act/35/enacted/en/html>.

16 *Supra* nota 9.

17 Guardianship of Infants Act, 1964, in <http://www.irishstatutebook.ie>.

18 Si pensi alle famiglie ricomposte e alla difficoltà di attribuire un riconoscimento giuridico allo *step-parent*. Diversamente l'art. 49, comma 6C, 2, b) stabilisce la possibilità di richiedere la *guardianship* a colui che si prenda cura del minore da più di un

Di fronte alla richiesta di *guardianship*, il Tribunale è chiamato a valutare esclusivamente la relazione affettiva tra il proponente e l'interesse superiore del fanciullo (art. 49, comma 10).

Altro elemento di rilievo della riforma è la previsione di cui all'articolo 31 che enuclea alcuni fattori per orientare il giudice nella determinazione del c.d. *best interest of the child*. Tra i criteri enunciati vi sono: i benefici derivanti dal mantenimento di significativi rapporti con ciascun genitore, gli avi e le persone che sono state coinvolte nella crescita del minore; l'opinione del minore se capace di discernimento; le sue esigenze culturali, spirituali ed educative; l'età e ad ogni altra specifica circostanza¹⁹.

Con riferimento alle caratteristiche dell'istante, quest'ultimo deve dimostrare di sapersi relazionare con (oltre che gestire e curare i) bisogni del minore e saper esercitare i poteri e le responsabilità conferiti.

La concretezza che emerge dalle disposizioni contenute nella riforma irlandese colma quelle lacune che discriminavano fortemente i figli nati in un contesto diverso da quello tradizionale. Inoltre, l'approccio del legislatore irlandese volto a garantire il benessere del fanciullo nella situazione concreta, a prescindere dal riconoscimento della relazione affettiva tra gli adulti e dai vincoli di sangue, valorizza il concetto di responsabilità genitoriale alla luce di una definizione dinamica di famiglia e di genitore, divenendo un faro per il quadro europeo²⁰.

4. Il Gender Recognition Act 2015

Come accennato, lo scorso 22 luglio 2015 è stato promulgato il Gender Recognition Act che disciplina le modalità per (e gli effetti del) il riconoscimento anagrafico del cambiamento di sesso per le persone affette da disforia di genere.

La normativa colma quelle lacune normative che la High Court già nel 2007 aveva considerato contrarie all'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo²¹ nel caso sollevato da Lydia Foy²², donna transessuale che sin dal 1993 aveva richiesto invano la rettificazione di attribuzione di sesso all'anagrafe.

anno, in mancanza del genitore che possa/voglia assumersi responsabilità verso il figlio.

- 19 L'articolo 31, comma due recita: "(a) *the benefit to the child of having a meaningful relationship with each of his or her parents and with the other relatives and persons who are involved in the child's upbringing and, except where such contact is not in the child's best interests, of having sufficient contact with them to maintain such relationships;*
(b) *the views of the child concerned that are ascertainable (whether in accordance with section 32 or otherwise);*
(c) *the physical, psychological and emotional needs of the child concerned, taking into consideration the child's age and stage of development and the likely effect on him or her of any change of circumstances;*
(d) *the history of the child's upbringing and care, including the nature of the relationship between the child and each of his or her parents and the other relatives and persons referred to in paragraph (a), and the desirability of preserving and strengthening such relationships;*
(e) *the child's religious, spiritual, cultural and linguistic upbringing and needs;*
(f) *the child's social, intellectual and educational upbringing and needs;*
(g) *the child's age and any special characteristics;*
(h) *any harm which the child has suffered or is at risk of suffering, including harm as a result of household violence, and the protection of the child's safety and psychological well-being;*
(i) *where applicable, proposals made for the child's custody, care, development and upbringing and for access to and contact with the child, having regard to the desirability of the parents or guardians of the child agreeing to such proposals and co-operating with each other in relation to them;*
(j) *the willingness and ability of each of the child's parents to facilitate and encourage a close and continuing relationship between the child and the other parent, and to maintain and foster relationships between the child and his or her relatives;*
(k) *the capacity of each person in respect of whom an application is made under this Act –*
(i) *to care for and meet the needs of the child, (ii) to communicate and co-operate on issues relating to the child, and (iii) to exercise the relevant powers, responsibilities and entitlements to which the application relates."*

- 20 Per un approfondimento sul contesto europeo, V. i contributi di C. Budzikiewicz M. Vonk, *Legal Motherhood and Parental Responsibility. A Comparative Study on the Tensions between Scientific Knowledge, Social Reality and Personal Identity*; C.G. Jeppesen de Boer, A. Kronborg, *The Incorporation of Intentional Parentage by Female Same-Sex Couples into National Parentage Laws. A Comparison between Danish and Dutch Law*; D. Amram, *Pursuing the Best Interest of Children in non-Traditional Families. A Comparative Overview*, tutti in *Special Issue on Family Law*, K. Boele-Woelki (ed.), *European Journal of Law Reforms*, 2015, Vol. 17, II, 215 – 272.

- 21 *Foy v. An t-Ard Chlaraitheoir & Others* [2007] IEHC 470.

- 22 Per un approfondimento, M. Farrell, *Briefing Note on the Lydia Foy Case & Transgender Issues in Ireland*, www.flac.ie, 2013.

In particolare, la Corte irlandese, a seguito alla nota pronuncia della Corte Edu sul caso *Christine Goodwin v. UK*²³ con cui la Corte di Strasburgo aveva ricondotto il rifiuto da parte delle autorità britanniche di rilasciare un certificato anagrafico a due donne transessuali ad una violazione degli articoli 8 e 12 della Convenzione, pur rigettando l'istanza della Foy, riconobbe con una *Declaration of Incompatibility* che l'assenza di una normativa in grado di garantire il riconoscimento anagrafico all'identità di genere fosse contraria all'ECHR Act del 2003, che rende direttamente applicabile in Irlanda la Convenzione Edu²⁴.

Nel 2011, una commissione di studio istituita presso il Ministero del Social Protection, il Gender Recognition Advisory Group, ha pubblicato delle raccomandazioni al fine di tutelare e riconoscere i diritti alle persone transessuali. Queste ultime individuavano una serie di presupposti anagrafici (maggiore età, libertà di stato), clinici (alternativamente una diagnosi di disforia di genere, una modificazione dei caratteri sessuali primari, la prova di una avvenuta rettificazione anagrafica di attribuzione di sesso in un'altra giurisdizione) e psicologici ("*clear and settled intention to live in the changed gender for the remainder of his or her life*" e "*minimum 2-year period of living full-time in the changed gender*"), che sono stati oggetto di dibattito parlamentare durante l'iter di approvazione del Gender Recognition Bill.

Il testo definitivo vede la rimozione dei presupposti medici e psicologici, consentendo alla persona transessuale maggiorenne di dichiararsi di fronte allo stato civile appartenente al sesso opposto rispetto a quello certificato alla nascita. Diversamente, per la persona transessuale con età compresa fra 16 e 18 anni, la dichiarazione deve essere accompagnata dal consenso dei genitori e parere medico favorevole.

L'Irlanda diventa così uno dei primi sistemi al mondo insieme a Danimarca, Malta, Argentina e Colombia ad interpretare il diritto all'identità di genere in termini di necessità di privilegiare l'autodeterminazione della persona rimuovendo qualsiasi accertamento sanitario sia esso di tipo invasivo (come l'intervento di demolizione e ricostruzione dei caratteri sessuali primari) o terapeutico.

Con riferimento agli altri requisiti individuati dalla commissione di studio, l'estensione dell'istituto matrimoniale alle persone dello stesso sesso ha vanificato il dibattito sulla questione sorta in ordine all'opportunità o meno di subordinare alla libertà di stato il rilascio del certificato, che impone al transessuale sposato / *civil partnership* di scegliere tra il mantenimento del vincolo e il riconoscimento legale della propria identità di genere²⁵.

Infatti, nonostante il Gender Recognition Act abbia nella sua versione originale mantenuto tale presupposto, le difficoltà di coordinamento con la disciplina in materia di divorzio²⁶ sono state superate con il Marriage Act 2015. Quest'ultimo, infatti, all'art. 24 prevede che il cambiamento di sesso del coniuge non abbia effetti sul vincolo matrimoniale attraverso l'abrogazione della clausola contenuta nell'articolo 9, § 2) lett. b.

Occorre tuttavia osservare che il Gender Recognition Act nulla prevede a proposito del riconoscimento del diritto all'identità di genere degli infrasedicenni transessuali e delle persone *intersex*.

23 ECHR, *Christine Goodwin v. UK*, 11 luglio 2002, App. n. 28957/95 [2002] ECHR 583, in *Articolo29*, www.articolo29.it ed in <http://hudoc.echr.coe.int>.

24 In altra sede era stato notato come gli effetti giuridici derivanti da detta *Declaration* si limitassero, tuttavia, soltanto a imporre al primo ministro di presentare una relazione alle Camere sulla questione, senza andare ad incidere direttamente sul quadro normativo vigente. Sia concesso rinviare a D. Amram, *Identità di genere e famiglia in Irlanda, Regno unito e Islanda: quali spunti per l'Italia?*, in questa *Rivista*, 2014, 1, 141. M. Farrell, *The Lydia Foy Case – What It Means and What Happens Next*, 2010, in <http://www.ucc.ie/law/CCJHRsymposiumGender/Michael%20Farrell%20UCC%20conference%20paper%20May2010.pdf>.

25 Così si legge nel rapporto presentato al Minister for Social Protection da parte del Gender Recognition Advisory Group in data 15 giugno 2011: "*The Group recognises that, while there would only be a small number of people for whom the preservation of their existing marriage is a priority, the requirement to dissolve such a marriage would be very distressing for them. Nevertheless, any recommendation which the Group makes must be constitutionally sound (...) Accordingly, the Group recommends that the criteria for legal recognition of an acquired gender should include a provision whereby the applicant cannot be married or in a civil partnership*", in <http://www.welfare.ie/en/downloads/Report-of-the-Gender-Recognition-Advisory-Group.pdf>, p. 30 - 32.

26 L'Art. 41.3.2 della Costituzione irlandese in seguito alla modifica apportata dal Family Law (Divorce) Act of 1996 non contempla cause specifiche di divorzio, consentendo lo scioglimento del vincolo coniugale solo in presenza di una crisi irreversibile del rapporto (i) che abbia portato ad una separazione per almeno quattro anni nel corso dell'ultimo quinquennio (ii). in <http://www.irishstatutebook.ie/1996/en/act/pub/0033/>; P. Ward, *Family, Matrimonial Property and Succession Law, International Encyclopaedia of Laws*, Kluwer Law International, 2006. Si ricorderà a tal proposito una pressoché contemporanea (ma mai approvata in discussione) proposta di legge, intitolata Legal Recognition of Gender Bill 2013 presentata dalla senatrice Katherine Zappone che considerava irrilevante la condizione della libertà di stato per l'ottenimento della rettificazione anagrafica di attribuzione di sesso, in <http://www.oireachtas.ie/documents/bills28/bills/2013/7513/b7513s.pdf>

5. L'esperienza irlandese alla luce del dibattito italiano: cenni

La breve illustrazione delle riforme irlandesi che abbiamo fornito nei paragrafi precedenti presenta non pochi spunti di riflessione per il dibattito italiano.

Si pensi alla recente ordinanza della Corte d'appello di Palermo del 31 agosto 2015, con cui è stata rimessa alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 337 *ter* c.c. nella parte in cui non consentirebbe al giudice di valutare se risponda all'interesse del minore mantenere rapporti con il proprio genitore "sociale" (nella specie la ex partner, dello stesso sesso, della madre biologica)²⁷. A differenza di quella italiana, infatti, la normativa irlandese individua dei criteri per la valutazione dell'interesse superiore del fanciullo e, tra questi, vi sono degli elementi che avrebbero dissipato i dubbi della corte palermitana. Ad esempio, la capacità di discernimento del minore e l'esigenza di mantenere rapporti significativi con i genitori e le relative famiglie, nonché con le persone che abbiano svolto un ruolo fondamentale nella vita del fanciullo.

L'esperienza irlandese può altresì contribuire al dibattito in ordine alla definizione dei requisiti necessari per la rettificazione anagrafica del sesso, conseguente l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 1 della legge 164/1982 che consente il riconoscimento anagrafico del sesso opposto a quello biologico "a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali".

Come è noto, infatti, detta norma è stata recentemente oggetto di una innovativa interpretazione da parte della Corte di cassazione, sentenza del 20 luglio 2015, n. 15138, che ha sancito il principio secondo cui l'interesse pubblico alla definizione certa dei generi non può richiedere il sacrificio del diritto alla conservazione dell'integrità psico-fisica dell'interessato²⁸. A poche settimane da tale decisione, la Consulta, con sentenza del 5 novembre 2015, n. 221²⁹, nel dichiarare infondata la questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Trento³⁰, ha avallato l'interpretazione della Cassazione, che consente di riconoscere all'art.1 della legge 164/1982 un "ruolo di garanzia del diritto all'identità di genere, come espressione del diritto all'identità personale (art. 2 Cost. e art. 8 della CEDU) e, al tempo stesso, di strumento per la piena realizzazione del diritto, dotato anch'esso di copertura costituzionale, alla salute". Restano, tuttavia, aperti alcuni interrogativi in ordine a quali siano i parametri da utilizzarsi per accertare in via giudiziale "le modalità attraverso le quali il cambiamento è avvenuto e [de] il suo carattere definitivo".

Infine, le illustrate ricadute che la definizione dei rapporti tra adulti hanno sulla vita e sullo sviluppo dei fanciulli, non può passare inosservato al dibattito scaturito dalla discussione del c.d. Ddl Cirinnà sulle unioni civili³¹. Infatti, se l'interesse superiore del fanciullo deve essere considerato di primaria importanza³², occorrerebbe valutare scrupolosamente le conseguenze che il riconoscimento (*recte* il mancato riconoscimento) di alcuni diritti/legami familiari possono determinare nello sviluppo psicofisico dei figli che crescono in famiglie omoaffettive. Il rischio, altrimenti, è quello di mantenere vive quelle discriminazioni, confermate dalla riforma della filiazione³³ che, nell'opera di equiparazione dei diritti di "tutti figli", ha confermato quale unico modello di genitorialità sociale l'adozione, escludendo — tra gli altri — i cc.dd. *rainbow children* dalla possibilità di essere inquadrati nello statuto giuridico di "figli" con riferimento ad entrambe le figure genitoriali.

27 Corte d'appello di Palermo, ordinanza del 31 agosto 2015, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2015 con nota di M. Gattuso.

28 Corte di Cassazione, sentenza del 22 luglio 2015, n. 15538, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, 11, I, pp. 1068 ss. con nota di D. Amram e, in corso di pubblicazione, sulla *Rivista italiana di medicina legale*, 2016, I, con nota di G. Aprile, G. Malgieri, F. Palazzi. Sul punto si veda S. Patti, *Trattamenti medico-chirurgici e autodeterminazione della persona transessuale. A proposito di Cass.*, 20.7.2015, n. 15138, *ivi*, II, pp. 643 ss.

29 Corte Costituzionale, sentenza del 5 novembre 2015, in *Articolo29* www.articolo29.it.

30 Tribunale di Trento, ordinanza 20 agosto 2014, in *G.U., Serie Speciale – Corte Costituzionale*, n. 52 del 17.12.2014 in *Articolo29* www.articolo29.it, i dubbi sollevati riguardavano la vanificazione o meno del diritto all'identità sessuale laddove l'interpretazione dell'art. 1 della legge n. 164/1982 (che risultava maggioritaria prima dell'intervento della Cassazione) considerasse necessario sottoporre la persona transessuale ad «un doloroso e pericoloso intervento chirurgico» per la modificazione dei caratteri sessuali primari.

31 DDL Nuovo testo unificato sulla *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, 17.3.2015, in www.senato.it, 2015 ed in *Articolo29* www.articolo29.it.

32 Si ricordi, fra tutti, l'art. 3 *Convention on the Rights of the Child*, New York 20 novembre 1989.

33 L. 10 dicembre 2012, n. 219 attuata dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'art. 2 della legge 10 dicembre 2012*, n. 219.

*Elena Lauroba**

La Ley catalana 11/2014 para garantizar los derechos de los LGBTI y erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia: ¿una declaración de intenciones bienintencionada o una norma de efectos jurídicos reales?

Sommario

1. Introducción – 2. Una iniciativa en un marco normativo *pluri-level*. 2.1. Las iniciativas europeas/internacionales – 2.2. Las iniciativas estatales – 2.3. Las iniciativas autonómicas – A. Actuaciones previas del legislador catalán y de la administración – B. Otras regulaciones autonómicas – 3. Personas LGBTI y causas de discriminación – 4. Una relación de definiciones *técnica* – 5. La atención a los derechos a partir de los principios – 6. La atención recurrente a la heterogeneidad del hecho familiar. La diversidad afectiva – 7. Los sectores de intervención – 7.1. La educación – 7.2. Cultura, tiempo libre y deporte – 7.3. Los medios de comunicación – 7.4. La salud – 7.5. La acción social – 7.6. El orden público y la privación de libertad – 7.7. Participación y solidaridad – 7.8. El mercado de trabajo – 8. Los “mecanismos para garantizar el derecho a la igualdad” – 8.1. El derecho de admisión – 8.2. Derecho a la atención y la reparación. 8.3 – El régimen sancionatorio – 9. El soporte administrativo: un órgano consultivo/participativo y un órgano coordinador – 10. La configuración futura de un marco jurídico antidiscriminatorio completo – 11. Una (breve) observación final.

Abstract

Il saggio illustra la nuova legge catalane n. 11/2014 in materia di protezione dei diritti delle persone LGBTI e di norme volte ad eliminare l'omofobia, bifobia e transfobia alla luce delle altre esperienze locali/nazionali spagnole e del quadro legislativo internazionale.

The paper illustrates the Catalunya Act n. 11/2014 on the protection of LGBTI rights and to eliminate homophobia, biphobia and transphobia in light of the other Spanish local/national regulations as well as of the international legal framework on the topic.

* Professoressa de Dret Civil, Universitat de Barcelona, e.lauroba@ub.edu. El trabajo se integra en las tareas del Grupo de investigación 2014 SGR 22 [IP Esther Arroyo]. Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

1. Introducción

El 18 de octubre del 2014 entró en vigor la *Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia*¹ -en adelante LDLGBTI-. Había sido aprobada el 2 de octubre por una amplia mayoría parlamentaria. El título es suficientemente ilustrativo, pues identifica la doble finalidad de la norma. Por un lado garantizar unos derechos y por el otro, eliminar -erradicar- determinadas vulneraciones². En buena medida, la LDLGBTI implica el desarrollo del art. 40.8 del Estatuto de Autonomía de Cataluña -EAC- “Protección de las personas y de las familias”.

“Los poderes públicos deben promover la igualdad de todas las personas con independencia de su origen, nacionalidad, sexo, raza, religión, condición social u orientación sexual, así como promover la erradicación del racismo, del antisemitismo, de la xenofobia, de la homofobia y de cualquier otra expresión que atente contra la igualdad y la dignidad de las personas”.

El vínculo se advierte incluso en la terminología, con el incisivo recurso al verbo “erradicar”. Otros dos apartados del art. 40 EAC también delimitan el contenido de la ley: el art. 40.2, que prescribe la pluralidad de modelos familiares (y la protección de todos ellos) y el art. 40.7, centrado en la igualdad de las uniones estables de pareja “teniendo en cuenta sus características, con independencia de la orientación sexual de sus miembros”. Son los tres pilares que fundamentan la norma que aquí comentamos.

La LDLGBTI pretende (aunque no es evidente que lo logre) una regulación omnicomprendensiva. Así se deriva del art. 1.2 (Objeto) que señala que las medidas adoptadas para hacer efectivo el derecho a la no discriminación afectan a “todas las áreas de la vida social” (a); a “todas las etapas de la vida” (b); y a “todas las contingencias en el transcurso de la vida, como cualquier cambio en el estado civil, la formación de una familia, la enfermedad, la incapacitación, la privación de libertad o la muerte” (c). Se identifican, pues, tres parámetros, que acotan cualesquiera manifestaciones de la persona LGTBI -y de las personas en general-.

La LDLGBTI se divide en 39 artículos, estructurados en 4 Títulos, 4 Disposiciones Adicionales, 2 Disposiciones Transitorias y 3 Disposiciones Finales. Su relación nos permite adelantar los contenidos de la ley. Título preliminar: Disposiciones generales; Título primero. Organización administrativa: Capítulo I: *Órgano* participativo y consultivo permanente. Capítulo II, Ejecución y coordinación de las políticas LGBTI; Título II. Políticas públicas para promover la igualdad efectiva de las personas LGBTI, capítulo I. profesionales que actúan en ámbitos sensibles Capítulo II. Sectores de intervención. Capítulo III. Mercado de trabajo. Capítulo IV. Familias Título III. Transidentidad e intersexualidad. Título IV. Mecanismos para garantizar el derecho a la igualdad. Capítulo I. Disposiciones generales. Capítulo II. Derecho de admisión Capítulo III. Derecho a la atención y a la reparación. Capítulo IV. Régimen de infracciones y sanciones. Se completa, como decíamos, con 9 Disposiciones, si sumamos las Adicionales, Transitorias y finales. Pese a su extensión, en determinadas materias es preciso un desarrollo reglamentario ulterior. En ese caso, ex DF 1^a, el gobierno -en el ámbito de sus competencias- debe dictar, en el plazo de un año a contar desde la aprobación de la ley, las disposiciones reglamentariamente necesarias para aplicarla y desarrollarla.

La ley no surge de una iniciativa del gobierno catalán, sino de la “Proposición de Ley de los derechos de las personas gays, lesbianas, bisexuales y transexuales y para la erradicación de la homofobia, la lesbofobia y la transfobia” que presentaron conjuntamente los grupos parlamentarios ERC [*Esquerra Republicana de Catalunya*], PSC [*Partit de socialistes de Catalunya*], Grup Parlamentari d’Iniciativa per Catalunya Verds - Esquerra Unida i Alternativa y el Grupo Mixto en mayo del 2013³. El colectivo protegido en la Proposición no coincide exactamente con el de la ley: durante el proceso parlamentario se incorporaron los intersexuales. Asumió la tramitación parlamentaria la Comisión de Bienestar, Familia e inmigración. El grupo parlamentario Popular -GPP- interpuso una enmienda a la totalidad, que fue rechazada. Durante el *iter* parlamentario comparecieron representantes de los diversos colectivos y se presentaron 208 enmiendas⁴. Asimismo, la Comisión de Garantías Estatutarias hizo un interesante dic-

1 Publicada en el *Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya* -DOGC- n. 6730, de 17 octubre 2014, in <http://dogc.gencat.cat/es> Luego en el *Boletín oficial del Estado* -BOE- n. 281, de 26 noviembre 2014, in www.boe.es.

2 Así se apunta en el Preámbulo (§1) “El objetivo de la presente ley es desarrollar y garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales (LGTBI)” y evitar a esas personas “situaciones de discriminación y violencia, para asegurar que en Cataluña se pueda vivir la diversidad sexual y afectiva en plena libertad”.

3 Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya, X legislatura, n. 83, 21 mayo 2013, en <http://www.parlament.cat/web/documentacio/publicacions/butlleti-bopc>.

4 Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya, X legislatura, n. 363, 15 julio 2014.

tamen -a instancias también del GPP- en relación con las dudas de constitucionalidad de varios preceptos, en particular los referidos al sistema sancionatorio⁵. Atendiendo a sus directrices, se incorporaron diversas enmiendas al texto final.

2. Una iniciativa en un marco normativo *pluri-level*

El § 4 Preámbulo señala que “el nuevo marco jurídico, tanto autonómico, como estatal o europeo, ha hecho posible un cambio de visión social hacia lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales...”. Efectivamente, encontramos importantes iniciativas legislativas que contribuyen a la tuición efectiva. Procede, pues, identificarlas.

2.1. Las iniciativas europeas/internacionales

A nivel europeo, en la LDLGBTI se mencionan (Pr. § 9) las Resoluciones del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994, de 18 de enero de 2006 y de 24 de mayo de 2012, relativas a la igualdad de derechos de gays y lesbianas y la lucha contra la discriminación y la homofobia, así como la Directiva 2000/78/CE del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y el art. 21 de la Carta de Derechos fundamentales. No se incorpora -damos por hecho que intencionadamente-, ninguna referencia a la Directiva 2006/54/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), pues los objetivos difieren, pese a la definición (art. 2) de discriminación directa/indirecta. Lo hacemos notar porque, ciertamente, las modalidades de discriminación enlazan con las construcciones comunitarias.

Dicho esto, sorprende que en el Preámbulo no se mencionen algunos textos de referencia recientes, como la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de mayo de 2012, sobre la lucha contra la homofobia en Europa (2012/2657(RSP)) o, en relación con los intersexuales, la muy importante Resolución 1952(2013) *Children's right to physical integrity*. Tampoco se alude a los Principios de Yogyakarta -aunque constituyen una declaración no institucional, son una guía recurrente, como avala su alegación por instituciones gubernamentales y por diferentes tribunales⁶-, al informe «Derechos Humanos e Identidad de Género» de T. Hammarberg, comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, publicado en julio de 2009⁷ o a las Directrices para promover y proteger el disfrute de todos los derechos humanos por las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales, aprobadas por el Consejo de la Unión Europea en su reunión del 24 de junio de 2013⁸. Y se estaba a tiempo de atender a la Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de febrero de 2014, sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género⁹ (aunque fue mencionada en el pleno el día de aprobación de la ley¹⁰). En esa necesaria formulación pedagógica, hubiera sido conveniente incorporarlos, como sí han hecho otras leyes autonómicas. Y podemos apuntar que hubiera beneficiado a la norma resultante, más allá de la mención -necesaria, por ese repetido componente pedagógico-, tenerlas como material privilegiado para la reflexión.

5 Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya, X legislatura, n. 381, 21 agosto 2014. En concreto, se discutía la posible adecuación estatutaria/constitucional de los arts. 26 bis, 30 y 31 -a los cuales se añade el art. 32 en la fundamentación-, y del capítulo IV del título IV en general, de la Proposición de ley (el capítulo es el de infracciones y sanciones).

6 Principios de Yogyakarta, *Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*, en http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp.pdf.

7 T. Hammarberg, *Derechos humanos e identidad de género*, Serie de publicaciones de TvT, 2010, en http://www.transrespect-transphobia.org/uploads/downloads/Publications/Hberg_es.pdf.

8 Guidelines to Promote and Protect the Enjoyment of All Human Rights By Lesbians, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex (LGBTI) Persons, Lussemburgo, 24 Junio 2013, en http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/EN/foraff/137584.pdf

9 Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de febrero de 2014, sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0062+0+DOC+XML+V0//ES>.

10 Vid. *Diari de Sessions del Parlament de Catalunya*, 2 octubre 2014 (serie P núm.78).

2.2. Las iniciativas estatales

En el ámbito estatal (Pr. § 8), la LDLGBTI menciona la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, que supuso la implantación del matrimonio entre personas del mismo sexo -y que supone la *segunda revolución* del derecho de familia español¹¹;- la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (muy importante en relación con los transexuales); la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (artículos 27 a 43) -esto es, el capítulo III: "Medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato"-; y la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.¹²

2.3. Las iniciativas autonómicas

A. Actuaciones previas del legislador catalán y de la administración

Con anterioridad a la ley, el legislador catalán ya se había pronunciado expresamente sobre las personas LGTB¹³. Baste mencionar la Resolución 242/III del Parlamento de 4 de diciembre de 1991, la Resolución 243/VI del Parlamento de Cataluña, de 11 de octubre de 2000, de defensa de la no discriminación por motivo de opción sexual o la Resolución 446/VII, sobre la igualdad laboral y profesional de las minorías sexuales en Cataluña.

La LDLGTBI menciona expresamente el *Código de familia* y la *Ley de uniones estables de pareja* -dos normas del 1998- y el *Código de Sucesiones* (1991). No se entiende muy bien esa referencia, pues los dos códigos sectoriales y la Ley de uniones... han sido derogados por los Libros del Código civil de Cataluña sobre persona y familia (Ley 25/2010, de 29 de julio -Libro Segundo-) y de Sucesiones (ley 10/2008, de 10 de julio -Libro Cuarto-). Traerlos a colación como se hace, carece de sentido.

En realidad, probablemente el material más valioso para entender la LDLGBTI y la apuesta -persistente- de la administración catalana a favor de la integración de estas personas en la sociedad son los Planes Interdepartamentales para la no discriminación de las personas homosexuales y transexuales,

-
- 11 E. Lauroba, *El derecho de familia, hoy: del matrimonio indisoluble al matrimonio entre personas del mismo sexo*, en *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 75-3, 2006, pp. 935-1028.
- 12 Para un análisis de la ley 3/2007 y, en general, del tratamiento jurídico de los transexuales en nuestro país, vid., B. Sillero Crovetto, *Del derecho a la identidad de género al tratamiento integral de la transexualidad (normativa estatal y autonómica)* en *Boletín del Ministerio de Justicia*, n. 2170, sept. 2014; P. Benavente Moreda, *Orientación sexual e identidad de género y relaciones jurídico privadas* en *Revista General de Derecho constitucional*, 17, 2013, pp. 1-75; T. Peramato Martín, *Desigualdad por razón de orientación sexual e identidad de género, homofobia y transfobia*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2013; V. Cuesta López, D. M. Santana Vega (dirs.), *Estado de derecho y discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2014; L. Vázquez-Pastor Jiménez, *El transexualismo primario y su contemplación legal en el ordenamiento jurídico español*, en *Teoría & derecho: revista de pensamiento jurídico*, n. 8, dic. 2010, pp. 255-273; R.Mª Alonso-García, *Dos ejemplos de la difícil identidad de supuestos en unificación de doctrina: transexualidad y kafala* en *Revista del Ministerio de Trabajo e inmigración*, n. 79, 2009, pp. 59-78; I. Espín Alba, *Transexualidad y tutela civil de la persona*, Madrid, Reus, 2008; E. Arroyo i Amanyuelas, *Sexo, identidad de género y transexualidad*, en *Matrimonio homosexual y adopción (Perspectiva nacional e internacional)*, S. Navas Navarro (dir.), Ed. Reus/Díaz-Bastien 6 Truan, Madrid, Abogados, 2006. Más concreto -pero muy completo- J. Cabeza Pereiro, J.F. Lousada Arochena, *El Derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral*, Albacete, Bomarzo, 2014; vid. también Y. Busto, *La transexualidad de acuerdo a la ley 3/2007, de 15 de marzo*, Ed. Dykinson, 2008; M. Camps Merlo, *Identidad sexual y Derecho. Estudio interdisciplinario del transexualismo*, Pamplona, Euns, 2007 y -todavía útil- MªD. Cervilla Garzón, *Transexualidad, cambio de sexo y derecho a contraer matrimonio*, en *La Ley XXII* n° 5295, 25-IV-2001; Sobre los intersexuales, D. J. García López, *la intersexualidad en el discurso médico-jurídico*, en *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, n° 8, marzo-agosto, 2015, pp. 54-70; V. Ordoñez, *Particularidades del consentimiento en el cambio quirúrgico de sexo por hermafroditismo y ambigüedad sexual*, en *Actualidad de Derecho Sanitario*, núm. 179, 2011, pp. 95-101. núm. 181, 2011, pp. 250-256. Para un análisis desde otra perspectiva, P. Soley-Beltran, *Transexualidad y transgénero: una perspectiva bioética*, en *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 30, enero 2014, pp. 21-39; J. A. Nieto Piñeroba, *Transexualidad, Intersexualidad y dualidad de género*, Barcelona, Eds. Bellaterra, 2008. Como trabajo académico reciente J. Mas-Grau, *Subjetividades y cuerpos gestionados. Un estudio sobre la patologización y la medicalización del transgénero*, Ed. Universitat de Barcelona, 2014, en <http://diposit.ub.edu/dspace/handle/2445/64043>. También O. Guash - J.Mas, *La construcción médico-social de la transexualidad en España (1970-2014)*, en *Gazeta de Antropología*, 2014, 3°-3 artículo 06 y L. Sánchez Guillén, *La cirugía de reasignación de sexo. Un paso más hacia la igualdad*, en *Igualdad. Retos para el siglo XXI*, A. Figueruelo Burrieza - M. del Pozo Pérez- M. León Alonso, A. Gallardo Rodríguez (dirs.), Santiago de Compostela, Ed. Andavira, 2012.
- 13 En puridad, no había una mención concreta a los intersexuales, probablemente porque la atención a este colectivo es relativamente reciente. Lo avala la propia incorporación sobrevenida al ámbito de la ley.

impulsados por la Generalitat de Catalunya¹⁴. La enumeración de las diferentes acciones de gobierno en dichos Planes permite situar los capítulos de la ley.

B. Otras regulaciones autonómicas

En el momento actual, diferentes comunidades autónomas españolas han impulsado legislaciones específicas y la ley catalana las tiene, presumiblemente, presentes (de dichas leyes se hace eco, en su informe, el Consejo de garantías Estatutarias). En algunos supuestos atienden a todas las personas LGTBI y en otros se centran exclusivamente en las personas transexuales. En concreto, debemos mencionar la ley foral [Navarra] 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales¹⁵, que es una ley pionera en muchos aspectos y de la que destacaríamos la atención específica a los menores transexuales (art. 5); la Ley del País Vasco 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales¹⁶; la Ley 2/2014 [de la comunidad autónoma de Galicia], de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales¹⁷ y la Ley 2/2014, de 8 de julio [de Andalucía], integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía¹⁸.

Tras la ley catalana, se han aprobado la Ley 8/2014 [de Canarias], de 28 de octubre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales¹⁹ y la Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura²⁰ que en esa correlativa cronología de normas, se considera a sí misma la más moderna del estado español.

3. Personas LGBTI y causas de discriminación

La ley catalana pretende garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales. Opta, por tanto, por una protección conjunta/aglutinadora/integradora, a diferencia de otras leyes autonómicas que se centran en los transexuales. Es verdad que, pese a todo, dedica un Título específico (el III) a las "Personas transgénero y personas intersexuales" (art. 23, único precepto de dicho Título, en una sistemática singular...). La referencia a los intersexuales se debe a la enmienda número 1, presentada por los mismos promotores de la Proposición²¹. Ahora bien, más allá de la mención, no existe ninguna clarificación de los problemas concretos de las personas intersexuales: no tenemos siquiera la impresión de que se conozca exactamente cuáles son. Su inclusión explicita esa recurrente correlación -también a nivel internacional- entre los intersexuales y, específicamente, los transexuales. Sabemos que en un momento dado se ha definido a los transexuales como intersexuales, desde el criterio de que los primeros eran supuestos de asignación errónea al nacer...²². Pero ahora la perspectiva ha variado, de

14 Planes Interdepartamentales para la no discriminación de las personas homosexuales y transexuales, impulsados por la Generalitat de Catalunya, en http://benestar.gencat.cat/web/.content/01departament/08publicacions/ambits_tematicos/lgtb/02planodiscriminacioesp08/2008PlaLGBTCastella.pdf.

15 BOE n. 307, 22 diciembre 2009. Sobre las primeras leyes, B. Sillero Crovetto, *Del derecho a la identidad de género al tratamiento integral de la transexualidad (normativa estatal y autonómica)* en *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.2170, septiembre 2014, pp. 1-31.

16 BOE n.172, 19 julio 2012.

17 BOE n. 127, 26 mayo 2014.

18 BOE n.193, 9 agosto 2014.

19 BOE n. 281, 20 noviembre 2014.

20 BOE n.108, 6 mayo 2015.

21 BOPC, n. 360, 14 julio 2014.

22 Vid. la exposición de L.A. Barnes, *Gender Identity and Scottish Law: the Legal Response to Transsexuality*, en *The Edinburgh Law Review*, 2007, vol. 11, pp. 162-186; también L.Chau, J.Herring, *Defining, Assigning and designing sex*, en *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2002, pp. 333-334.

modo que son los intersexuales -colectivo que preocupa a la UE²³ desde hace muy poco- quienes se integran en la designación (secuencia) de personas LGBT, pese a que numerosos intersexuales discrepan de esta adscripción, por estimar su problemática diferente²⁴. Baste apuntar aquí que las cuestiones que los individualizan no se abordan en la ley.

En realidad, la lectura de la ley revela que, a día de hoy, quienes verdaderamente preocupan son las personas transexuales. La LDLGBTI los presenta en su formulación más amplia, para abarcar las diferentes modalidades de adopción de género. Así, el Preámbulo (§ 3) informa de que “La presente ley utiliza el término «transgénero» para referirse a las personas que se sienten del sexo contrario al que se les ha atribuido al nacer según sus características biológicas y a las personas que no se identifican exactamente ni con un hombre ni con una mujer según la concepción tradicional de los géneros, todo ello independientemente de que estas personas se hayan sometido o no a una intervención quirúrgica” y precisa “Las personas transexuales, pues, quedan incluidas dentro de la denominación de personas transgénero. Así mismo, la transexualidad está incluida dentro de la denominación genérica “transidentidad”, que designa la condición o calidad de transgénero”²⁵. Es, no obstante, una explicación que luego no se menciona en el precepto sobre las “Definiciones” (art. 4), centradas en aspectos calificables de técnicos.

En España, el gran avance normativo con relación a los transexuales -con el correlativo cambio de paradigma social- tuvo lugar con la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas²⁶. Esta norma se centraba -como avala su rúbrica- en los requisitos necesarios para poder modificar la inscripción relativa al sexo de la persona en el Registro Civil, si esa inscripción no se correspondía con la identidad de género que la persona solicitante sentía como propia (además regulaba el cambio de nombre propio de la persona interesada, para que no resulte discordante con el sexo reclamado). La rectificación registral (art. 4 de la ley) iba ligada al diagnóstico de la disforia de género (a) y a la acreditación de que la persona había sido tratada médicamente al menos durante dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado (b)²⁷. La ley catalana obvia cualquier exigencia médica y prescribe que “las personas transgénero y las personas intersexuales deben poder acogerse a lo establecido en la presente ley sin necesidad de un diagnóstico de disforia de género ni tratamiento médico” (art. 23.4) Dicho esto, los requisitos de la ley 3/2007 siguen vigentes si se solicita la rectificación registral, pues la Generalitat carece de competencias para modificar la ley del 2007 en esta cuestión.

La atención a las personas LGTBI supone contestar tanto la discriminación por orientación sexual como la discriminación por identidad de género, dos supuestos que a día de hoy sabemos deslindar, pese a que todavía se encuentran confusiones en derecho comparado como hacía notar el Comisario para los Derechos Humanos en el informe que elaborara en el 2009²⁸. Ahora bien, no estamos seguros

23 Baste recordar los informes S.Agius, C.Tobler, *Trans and Intersex People. Discrimination on the grounds of sex, gender identity and gender expression*, European Network of Legal Experts in the non-discrimination field, supervisado por el Migration Policy Group, 2012, en <http://www.teni.ie/attachments/35bf473d-1459-4baa-8f55-56f80cfe858a.PDF> y *Human rights and intersex people*, del Comisionado de Derechos Humanos del Consejo de Europa (abril 2015) en <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2768767&SecMode=1&DocId=2282716&Usage=2>.

24 Vid. como ejemplo las declaraciones en “L'Estat de l'homofòbia a Catalunya 2014”. Este trabajo, obra del Observatorio contra la homofobia, es una muy interesante presentación de la situación en Catalunya, en <http://www.lambda.cat/images/CDAF/Actualitat/2015/EstatHomofobiaCat2014CAT.pdf>. Justamente, presenta a las personas LGBTI como LGBT+I.

25 En definitiva, el concepto transgénero es más amplio que el de transexual. En la definición del Informe *Trans and intersex people Discrimination on the grounds of sex, gender identity and gender expression*, cit. supra, se apunta “The term trans includes those people who have a gender identity and/or a gender expression that is different from the sex they were assigned at birth. Indeed the term trans is an umbrella term that includes, but is not limited to, men and women with transsexual pasts and people who identify as transsexual, transgender, transvestite/crossdressing, androgyne, polygender, genderqueer, agender, gender variant or with any other gender identity and gender expression which is not standard male or female, and who express their gender through their choice of clothes, presentation or body modifications, including the undergoing of multiple surgical procedures”.

26 BOE núm. 65, de 16 marzo 2007. Sobre la ley, además de la bibliografía citada en nota 11, vid R. Valpuesta Fernández, *Tratado de Derecho de la persona física*, dirigido por M^a del C.Gete-Alonso, t.I, Civitas-Thomson Reuters, 2013, pp. 552-560.

27 Añade el art. 4.2 que cabe la rectificación registral sin que haya habido una cirugía de reasignación sexual. Además, los tratamientos médicos no serán un requisito necesario cuando concurren razones de salud o de edad que imposibiliten su seguimiento, y una certificación médica lo constate.

28 Vid. Nota 7. En la p. 6 se recuerda que “Algunos marcos legales de los estados miembros del Consejo de Europa categorizan, desafortunadamente, la identidad de género bajo el término de “orientación sexual”, lo que no es exacto ya que la identidad de género y la orientación sexual son dos conceptos diferentes. La orientación sexual debería ser entendida como la capacidad de cada persona para una atracción emocional, afectiva y sexual hacia, y para las relaciones íntimas y sexuales con individuos de diferente o igual género, o de más de un género (heterosexualidad, homosexualidad y bisexualidad).

de que la ciudadanía conozca la noción de “expresión de género”, ligada a la forma en que se expresa el género (indumentaria, determinadas actitudes...).

Junto a las causas de discriminación tipificadas, la ley menciona la tutela de “las distintas expresiones afectivas”, que se perfila como un concepto autónomo. Se observa con claridad en el art. 15.a), cuando establece que el Consejo de Audiovisual de Cataluña debe velar para que no se vulnere “el respeto a la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género y las distintas expresiones afectivas”. La atención a las distintas expresiones afectivas y la no discriminación por este concepto era un principio nuclear en la Proposición de ley, pero -acaso porque está englobado en el principio de no discriminación por orientación sexual, y porque es una aproximación más literaria que jurídico/técnica-, en la ley vigente es residual. Debemos no obstante destacarla porque permite entender mejor las reiteradas menciones a la heterogeneidad del hecho familiar, que veremos *infra*.

4. Una relación de definiciones *técnica*

El art. 4 [Definiciones] parece entroncar con las técnicas legislativas en relación con las normativas europeas, pues contiene una relación de definiciones *ad hoc* para la inteligencia de la ley. Es una enumeración parcial porque no incorpora -presumimos que voluntariamente- definiciones relativas a los conceptos de identidad de género o expresión de género o a las personas beneficiarias²⁹, a diferencia de otras normas autonómicas³⁰. Quizás hubiera sido pertinente una mejor presentación del concepto «expresión de género», aunque consideremos que la «identidad de género» ya no precisa a día de hoy de clarificación. Tampoco se definen la homofobia, la bifobia y la transfobia, quizás porque también parecen evidentes.

El objetivo del art. 4 es identificar una serie de conceptos *técnicos que integran el lenguaje propio de la lucha a favor de la igualdad*: «discriminación directa», discriminación indirecta», «discriminación por asociación»; «discriminación por error»; «discriminación múltiple»³¹; «orden de discriminar»; «asedio por razón de la orientación sexual, la identidad de género o la expresión de género»; «represalia discriminatoria» y «victimización secundaria». En puridad su utilidad se revela en el capítulo de las sanciones, porque apenas aparecen en los enunciados. Forman parte de la construcción teórica de la discriminación, y también el legislador catalán las contempla en la reciente Ley catalana 17/2015, de igualdad efectiva de mujeres y hombres -en adelante LIEMJ-³².

En el articulado, pese a la existencia de este precepto *unificador*, encontramos otras definiciones aisladas. En concreto, en el art. 12 [Educación] se presenta el concepto “coeducación” a efectos de esta ley, con un contenido más amplio que el tradicional referido a la no segregación por sexos. También debe tenerse presente el art. 31.2 [Concepto de infracción]: “No se considera discriminación la diferencia de trato basada en alguna de las causas establecidas en la presente ley derivada de una disposición, una conducta, un acto, un criterio o una práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla”.

29 Baste recordar la definición en la Guía de las Naciones Unidas, en <http://www.unitedexplanations.org/2015/03/02/identidad-de-genero/>

30 Como ejemplo, el art. 3 Ley andaluza del 2014: “Identidad de género. A los efectos de la presente Ley, se entiende por identidad de género la vivencia interna e individual del género tal y como cada persona la siente, que puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, y que incluye la vivencia personal del cuerpo. Puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido”.

31 La Proposición de Ley sólo contemplaba la distinción directa/indirecta. La ampliación conceptual permitirá afinar los análisis de la discriminación. Vid. F. Rey Martínez, *El modelo europeo de lucha contra la discriminación y su incompleta incorporación en el ordenamiento español*, en *Iguals y diferentes ante el derecho privado*, Susana Navas Navarro (dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 32-36 y, como monografía fundamental, A. Aguilera Rull, *Contratación y diferencia. La prohibición de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013. En relación a la discriminación múltiple, vid. R. Serra Cristobal (dir.), *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

32 BOE n. 215, 8 septiembre 2015.

5. La atención a los derechos a partir de los principios

La ley tiene como objetivo y fundamento “garantizar los derechos de LGBTI”, pero no los identifica en ningún precepto. Sólo se atiende *in genere* al derecho a la no discriminación (por ej., en el art. 20) y a enumerar unos principios informadores/orientadores. La regulación - muy insatisfactoria en términos jurídicos, a nuestro parecer-, se fundamenta en los arts.5 [Cláusula general antidiscriminatoria] y 6 [Principios orientadores de los poderes públicos]. Ex art 5:

1. Las administraciones *públicas de Cataluña y el Defensor del Pueblo* [Síndic de Greuges] deben velar por el derecho a la no discriminación con independencia de la orientación sexual, la identidad de género o la expresión de género de la persona o del grupo familiar al que pertenezca.

2. El derecho a la no discriminación debe ser un principio informador del ordenamiento jurídico catalán, de la actuación administrativa y de la práctica judicial. Este derecho vincula tanto a los poderes públicos como a los particulares.

En el precepto -tipificado como “cláusula general”, sin mayores consecuencias- identificamos el derecho subjetivo de las personas LGBTI “a la no discriminación”. Pero ese derecho -y en definitiva la salvaguarda del derecho fundamental- se traducirá en la tutela jurisdiccional individual, con el Tribunal Constitucional como última instancia. La LDLGBTI no atiende a esta vía -que presupone-, aunque la protección de las personas LGBTI como titulares de derechos se concreta en los “Mecanismos para garantizar el derecho a la igualdad” (Título VI, que identifica otros derechos sectoriales, en realidad efectos derivados del derecho primario: el «derecho de admisión» y el «derecho a la atención y a la reparación»).

Dicho esto, a partir de la redacción del art. 5 (que invitamos a releer), la LDLGBTI se centra en la proscripción de la discriminación como “principio informador” del ordenamiento jurídico y de los poderes públicos, con el plus de que también vincula al resto de la ciudadanía (una vinculación que, pese a todo, nos aboca al plano anterior). Se trata de un principio *informador* que da lugar -intentamos distinguir calificaciones más allá de los recursos narrativos- a una serie de “Principios orientadores de la actuación de los poderes públicos” (art. 6), esto es, a una pluralidad de enunciados/prescripciones de diverso cariz, que forman un peculiar cajón de sastre. Lo denominamos «cajón de sastre» -la ley está llena de esos contenedores sin orden- porque tienen cabida prescripciones tan dispares como “Proteger la integridad, la dignidad y la libertad de todas las personas, de acuerdo con los derechos fundamentales y los derechos humanos universales” (a); “garantizar el respeto de la pluralidad de identidades por orientación afectiva y sexual” (c); “asegurar la cooperación interadministrativa” (h) o “establecer las medidas de fomento de las entidades que trabajan para hacer efectivos los derechos y la no discriminación de las personas LGBTI” (k).

Con posterioridad en la LDLGBTI se mencionan “Los principios de no discriminación y de respeto a la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género” (art. 13.2) -y en el art. 12.5 se atiende a “los principios de la presente ley”- o los “principios de la presente ley en cuanto al respeto a la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género y las distintas expresiones afectivas” (art. 15.a), que es todavía una declaración más general.

Pero, pese a esos enunciados, la máxima preocupación de la ley -de hecho, su preocupación real- no es la atención a las personas LGBTI como actores de la normativa (son destinatarios, pero no protagonistas activos). En realidad lo que la ley pretende es la implicación de los poderes públicos en la erradicación de situaciones que lesionan los derechos de las personas LGBTI. Son las instancias y servicios de la Generalitat los destinatarios finales de unas acciones que han de posibilitar la definitiva integración social de las personas LGBTI y por ello el núcleo de la ley lo conforman las “Políticas públicas para promover la igualdad efectiva...” (Rúbrica del Título II). Es un objetivo necesario, pero hubiéramos preferido que la LDGLBTI también integrase un precepto semejante al del art. 2 de la Ley andaluza, que recoge el “Derecho a la autodeterminación de género”, derecho que desglosa en una serie de derechos concretos, como “el derecho a reconocimiento de su identidad de género, libremente determinada” (2) o al “libre desarrollo de su personalidad conforme a su identidad de género, libremente determinada” (3)³³. La opción del legislador catalán, que declara pretender una protección integral, resulta aquí de-

33 Art. 2: “Toda persona tiene derecho: 1. A recibir una atención integral y adecuada a sus necesidades sociales, sanitarias, jurídicas, laborales y educativas, entre otras, en igualdad efectiva de condiciones y sin discriminación con el resto de la ciudadanía, en relación con lo previsto en los artículos 35 y 37.1.2.º del Estatuto de Autonomía para Andalucía y el artículo 43.2 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía. 2. Al reconocimiento de su identidad de género, libremente determinada. 3. Al libre desarrollo de su personalidad conforme a su identidad de género, libremente determinada. 4. A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía.”. Vale la pena también

masiado prudente. Dado que confluyen tantas normas programáticas, lo mejor hubiera sido -a nuestro juicio- una relación de derechos específicos, como afirmación de las personas LDGLBTI. Sencillamente, incluso la denominación de la ley permitía considerarlo [“Ley ... para garantizar los derechos...”]. Creemos poder afirmar que numerosos juristas, al enfrentarse con el texto legal, buscarán una identificación -siquiera enumerativa- de dichos derechos.

6. La atención recurrente a la heterogeneidad del hecho familiar. La diversidad afectiva

Un hecho característico de la LDLGBTI es la atención continua a la pluralidad de modelos familiares, que se identifican a partir de “la heterogeneidad del hecho familiar”. Esta expresión no es arbitraria. La regulación de la familia en el Código civil de Cataluña parte justamente -art. 231-1, primer artículo del Título III, “La familia”, y frontispicio de toda la regulación- de «La heterogeneidad del hecho familiar»³⁴.

1. La familia goza de la protección jurídica determinada por la ley, que ampara sin discriminación las relaciones familiares derivadas del matrimonio o de la convivencia estable en pareja y las familias formadas por un progenitor solo con sus descendientes.

2. Se reconocen como miembros de la familia, con los efectos que legalmente se determinen, los hijos de cada uno de los progenitores que convivan en el mismo núcleo familiar, como consecuencia de la formación de familias reconstituidas. Este reconocimiento no altera los vínculos con el otro progenitor.

El art. 231-1 desarrolla el art. 40.2 Estatuto de Autonomía de Cataluña [Protección de las personas y de las familias]: “Los poderes públicos deben garantizar la protección jurídica, económica y social de las distintas modalidades de familia previstas en las leyes, como estructura básica y factor de cohesión social y como primer núcleo de convivencia de las personas (...)”.

El § 22 Preámbulo de la LDLGBTI anuncia que “En cuanto a la realidad familiar, la norma pretende garantizar el reconocimiento de la heterogeneidad del hecho familiar, recogido en la legislación civil y administrativa de Cataluña, en igualdad de condiciones y en todos los ámbitos” Previamente, el art. 6.g) ya había establecido como *Principio orientador* “hacer efectivo el reconocimiento de la heterogeneidad del hecho familiar en el derecho catalán...” Pero, tras estas declaraciones, hay que reconocer que el art. 22 LGDLGBTI no añade aspectos especialmente reseñables en relación con la situación anterior a la ley³⁵.

El art. 22 se estructura en 6 apartados, el primero de carácter programático³⁶ y los restantes centrados en aspectos concretos. Es una técnica legislativa mejorable -que caracteriza la ley- pues convierte cada precepto en un macroprecepto, o -con mayor realismo- en un «cajón de sastre». Esta es una tipificación que ya hemos empleado antes -y que reaparecerá en nuestro comentario después- e insistimos porque, a nuestro juicio, el recurso al expediente del «cajón de sastre» constituye una de las principales rémoras de la ley. Una mayor división de los contenidos, aunque supusiera multiplicar los preceptos, hubiera clarificado el artículo -y la norma en su conjunto-. Llama la atención, además, que sistemática-

mentar el art. 3 de la Lex extremeña, que pese a tipificarlos como principios menciona “b) Reconocimiento de la personalidad: toda persona tiene derecho a construir para sí una autodefinición con respecto a su cuerpo, sexo, género y su orientación sexual. La orientación, sexualidad e identidad de género que cada persona defina para sí es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de autodeterminación, dignidad y libertad. Ninguna persona podrá ser presionada para ocultar, suprimir o negar su orientación sexual, expresión o identidad de género”. Estas declaraciones anudan la protección a cada individuo y pueden fundamentar pretensiones concretas en caso de lesión.

34 Vid. E. Roca Trías, *Comentario al art. 231-1*, en *Persona. Familia, Libro Segundo del Código civil de Cataluña*, P. Ortuño (coord.), Sepin, 2011, p. 515 ss. y P.S. Coderch - L. Alascio Carrasco, *Comentari a l'article 231-1*, en *Comentari al Llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, J.Egea-J.Ferrer (dirs.) - E. Farnós i Amorós (coord.), Barcelona, Ed. Atelier, 2014, pp. 55-59.

35 Debe leerse teniendo presente también esa preocupación por la «diversidad de relaciones afectivas», que en la Proposición de ley, como ya hemos mencionado, parecía tener un ámbito propio, pero que debe reconducirse, justamente, a la noción -en plural- de familias. Vid., para una cuestión concreta, pero muy ilustrativos, M^a D. Bardaji Gálvez, *Transexualidad y Derecho de visitas (Comentario a la STC 176/2008, de 22 de diciembre)*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 2010, 1, p. 125 ss. y A. M. Romero Coloma, *Transexualidad del progenitor y derecho de visitas (sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de diciembre de 2008 y las limitaciones al derecho de visitas)* en *Diario La Ley* n° 7471, 20 de septiembre de 2010, Ref.D-276; M.de la Iglesia Monje, *Transexualidad y restricción del derecho de visitas*, en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 713, 2009, p. 1518 ss.

36 Basta cotejarlo con el art. 233-1 que transcribíamos en el texto “1. Las familias gozan de la protección jurídica determinada por la ley, que ampara sin discriminación las relaciones familiares derivadas del matrimonio, la convivencia en pareja estable y las familias formadas por un progenitor con sus descendientes”.

mente este artículo es un capítulo (el IV) del Título II sobre “Políticas Públicas para promover la igualdad efectiva de las personas LGBTI”, lo que se traduce, en definitiva, en diversas prescripciones sobre la actividad de las Administraciones.

En primer lugar, se establece que se debe garantizar que en la valoración de la idoneidad en los procesos de adopción no haya discriminación por razón de orientación sexual, identidad/expresión de género. Se afirma que el proceso de valoración de la idoneidad ha de ser “formador, transparente, contradictorio e informador, de acuerdo con la heterogeneidad del hecho familiar” (art. 22.2). Aquí tienen tanto la adopción individual como la conjunta. En Cataluña, el matrimonio integra parejas homosexuales y heterosexuales y no hay diferencias con relación a la adopción. Lo mismo cabe decir para las uniones estables. Ciertamente, en Cataluña, en una primera etapa, la ley de 1998 distinguía entre uniones estables de pareja heterosexuales y homosexuales, y esa distinción era, básicamente, para circunscribir la adopción conjunta a las primeras. Pero la reforma del Código de Familia en el 2005³⁷ permitió la adopción conjunta de las parejas, con independencia de su orientación sexual. Ese criterio se mantiene, por supuesto, en el Libro Segundo del Código civil catalán. En realidad, el problema -que supera el ámbito de actuación de la administración catalana- aparece en relación con las adopciones internacionales, al concurrir países que no comparten nuestra visión del hecho familiar.

Asimismo, se establece que el miembro superviviente de la pareja es tratado en los mismos términos que el cónyuge en relación con las cuestiones funerarias y de identificación del cadáver, así como a la recepción de los objetos personales (art. 22.5). Sin duda, se pretende superar esos conflictos que surgen entre los familiares del muerto y la pareja de este, cuando hay que tomar las primeras decisiones surgidas del deceso. Pero las parejas de hecho estables ya están suficientemente reconocidas en Cataluña, y social y jurídicamente no habría de producirse una situación de desprotección o postergación (en este caso del superviviente). De hecho, la redacción lleva a sospechar que se piensa en una relación afectiva que todavía no encaja en los parámetros de la convivencia estable, y que pretende evitar el trato de tercero/extraño.

Como otras prescripciones relevantes, se insta a la Generalitat y a los gobiernos locales a establecer programas de información que divulguen la pluralidad del hecho familiar, y que promuevan la igualdad de trato de las personas más vulnerables por razón de género o edad (jóvenes y ancianos) “para garantizar el disfrute total de sus derechos y el libre desarrollo de su personalidad en el ámbito familiar” (art. 22.3), a atender coordinadamente a las víctimas de discriminación en el ámbito familiar y a apoyarles en caso de violencia (art. 22.4) y a establecer los mecanismos para que la documentación administrativa se adecúe a la heterogeneidad descrita (art. 22.5)

7. Los sectores de intervención

Ya hemos apuntado que la ley pretende abarcar “todas las áreas de la vida social”, una afirmación inexacta porque ignora aspectos como internet o la vivienda (como explicita la Recomendación CM / Rec (2010) 5 del Consejo de Europa para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género [§ VIII]). Interesan los ámbitos que se denominan “sensibles” en el Preámbulo. En concreto, la Educación (art. 12) -en puridad, educación primaria y secundaria-: las Universidades (art. 13); la Cultura, tiempo libre y deporte (art. 14); los Medios de comunicación (art. 15); la salud (art. 16); la Acción social (art. 17), el Orden público y la privación de libertad (art. 18) -que en el art. 10.1 ha sido identificado como ámbito de “la justicia y los cuerpos de seguridad”- y la Participación y solidaridad (art. 19). Aunque, en base a la expresión adoptada, en este título habrían de tener cabida el Mercado de trabajo y las familias, se opta por atribuirles títulos específicos.

El análisis de los preceptos muestra, una vez más, el objetivo de la LDLGBTI es sentar criterios de actuación para las administraciones públicas. El núcleo de la regulación está -y queremos insistir en ello- bajo la denominación general de “Políticas públicas para la igualdad efectiva de las personas LGBTI”, una denominación habitual en las leyes que atienden a esta materia [como referente básico, el Título II de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres].

7.1. La educación

El art. 12 parte de la definición *ad hoc* de “coeducación”, como la “acción educativa que potencia la igualdad real de oportunidades y la eliminación de cualquier tipo de discriminación por razón de orientación sexual, identidad de género o expresión de género” (art. 12). No es equivalente a la noción “clásica”

37 Ley 3/2005, de 8 de abril, de modificación de la ley 9/1998, del Código de Familia, en BOE n. 111, 10 mayo 2005.

de coeducación en relación con hombres y mujeres [niños/niñas], que sigue a día de hoy utilizándose, como avalan los arts. 2 y el 21 LIEMJ. Esa polisemia lleva a considerar si no hubiera sido más adecuado optar por otra terminología, que no contestase la voluntad inclusiva.

Este concepto se eleva a principio [“principio de coeducación”] en los párrafos siguientes (que no consideramos un principio orientador ex art. 6, por su carácter sectorial). Su implementación comporta que “la diversidad sexual y afectiva, la identidad de género y los distintos modelos de familia sean respetados en los distintos ámbitos educativos” (art. 12.2). Ha de incorporarse a los Planes de acción tutorial y a los reglamentos de convivencia de los centros. Su ejecución efectiva comporta unas medidas, que la ley desarrolla en los apartados 4 a 7. En concreto, se establece que los contenidos de los materiales escolares, educativos y formativos, así como el lenguaje que se emplee, ha de tener en cuenta la orientación sexual, la identidad y expresión de género y evitar discriminaciones (§4); se prescribe que “El respeto a la diversidad en lo relativo a la orientación sexual, la identidad de género o la expresión de género y a los principios de la presente ley debe ser efectivo en todo el sistema educativo, en los centros y entidades de formación, en la educación de adultos, en la formación de madres y padres, en las actividades deportivas escolares y en las actividades de tiempo libre infantil y juvenil” (§5); también se promueven planes de convivencia que enfatizan las medidas de prevención y actuación contra el acoso de las personas LGBTI en el medio escolar, y se estima que la administración debe “ofrecer mecanismos a los centros para que detecten situaciones de discriminación o exclusión de cualquier persona por las dichas razones. En este sentido, debe promoverse el desarrollo efectivo de planes de convivencia con un especial énfasis en las medidas de prevención y de actuación contra el acoso de que pueden ser objeto las personas LGBTI en el medio escolar”. El organismo responsable es el Departamento competente en Educación de la Generalitat, que debe garantizar el desarrollo de los contenidos mencionados *supra*, y “velar porque las escuelas, los institutos y los otros centros educativos constituyan un entorno amable para la diversidad sexual y afectiva en el que alumnos y profesores puedan vivir de una manera natural su orientación sexual, identidad de género o expresión de género, y se contribuya así a la creación de modelos positivos para la comunidad educativa” (§7)³⁸.

El precepto, tan bienintencionado como el resto de la ley, obliga a pensar, como cuestión preliminar, en dónde sitúa a las personas LGBTI en el ámbito de la enseñanza. Por un lado en la colectividad en general, como receptora de unos principios que afianzan la ciudadanía. Por el otro, se atiende -parece- a los LGBTI estudiantes menores de edad (la ley no dedica a los menores un artículo específico, sino atención puntual en algunos preceptos). El último párrafo, no obstante, incorpora a los docentes LGBTI. No se mencionan los familiares de los escolares, una carencia contestable, porque en el ámbito escolar, y en aras de la prevención del *bullying*, es necesario atender a las familias de los menores en dos supuestos: tanto si el menor es LGBTI como si es su familia la que se inscribe en dicho grupo³⁹. Debería haberse incorporado alguna mención explícita. No en vano, los menores que viven en familias LGBTI pueden sufrir discriminación por la opción de sus progenitores, un caso paradigmático de esa “discriminación por asociación” (modalidad definida en el art. 4). La voluntad de alcanzar todos los aspectos educativos lleva a incorporar una mención a la formación de padres y madres, no necesariamente adscritos a las personas LGBTI.

La LDLGBTI no atiende a la problemática de los lavabos en los colegios, que previsiblemente sea objeto de análisis en los próximos años y que la ley sólo parece insinuar con relación a la acción social, de modo genérico y para la tercera edad (art. 17). Sin duda ésta es una opción pragmática, porque pasa por la habilitación de espacios específicos, lo que tiene -guste o no- una repercusión económica que en

38 Para una aproximación interesante, K.A. Zammitt, J. Pepperell, M. Coe, *Implementing an Ally Development Model to Promote Safer Schools for LGB Youth: A Trans-Disciplinary Approach*, en *Journal of Homosexuality*, 2015, 62:6, pp. 687-700. En nuestro país, en el momento de cerrar este comentario, tenemos constancia de que el Departament d'Ensenyament ha constituido un grupo para estudiar medidas concretas. El análisis de las experiencias extranjeras -así el artículo que mencionamos- podría contribuir a una mejor reflexión.

39 Sobre el *bullying*, por todos, F. Grande-Marlaska Gómez, *El acoso escolar por razón de orientación sexual: el bullying*, en *Igualdad. Retos para el siglo XXI*, A. Figueruelo Burrieza, M. del Pozo Pérez, M. León Alonso (dirs.), A. Gallardo Rodríguez (coord.), Santiago de Compostela, Ed. Andavira, 2012, pp. 77-89. También hemos de mencionar el completo *Estudio sobre homofobia y bifobia en las Aulas 2013*, <http://www.cogam.es/secciones/junta-directiva/i/1126825/1911/estudio-homofobia-y-bifobia-en-las-aulas-2013>, a partir de encuestas a más de 5200 estudiantes de la Comunidad de Madrid de entre 12 y 17 años.

un período de crisis no resulta urgente⁴⁰. Ahora bien, en el cotejo con otras leyes autonómicas se constata que la canaria, menos de un mes después, sí incorpora una alusión específica⁴¹.

7.2. Cultura, tiempo libre y deporte

El art. 14 tiene, a nuestro juicio, una redacción particularmente desafortunada, quizás a causa de la tramitación parlamentaria y de la diversidad de materias incluidas. Se estructura en dos apartados. El primero estatuye que

“Las administraciones públicas deberán velar por la incorporación de actividades para la no discriminación por razones de orientación sexual, identidad de género o expresión de género en los siguientes ámbitos de la cultura, el tiempo libre y el deporte: a) certámenes culturales y acontecimientos deportivos. b) Proyectos relacionados con la recuperación de la memoria histórica. c) Espectáculos y producciones culturales infantiles y juveniles. d) recursos didácticos y fondos documentales en la educación no formal”.

La primera cuestión que surge es por qué, en un ámbito tan amplio, se priorizan estos aspectos y no otros, que conlleva, acto seguido, reflexionar si otras materias ubicables en este ámbito no tienen cabida, o por qué no se han mencionado. Por otro lado, declaraciones sucintas como “proyectos relacionados con la recuperación de la memoria histórica”, en ese contexto, resultan ininteligibles. Este apartado es, a nuestro juicio, un buen ejemplo de los aspectos mejorables de la ley, porque en su redacción actual resulta -como poco- confuso-. De hecho, es necesario, para su comprensión, acudir al art. 14.b) de la Proposición de Ley, de redacción mucho más clara, en que se establecía el deber de la administración de “Impulsar y favorecer proyectos relacionados con la recuperación de la memoria histórica de las personas LGBT, mediante el Memorial Democrático”.

La lectura críptica o excesivamente concreta del primer párrafo se solventa -creemos- con el enunciado más genérico del segundo apartado, que establece que las administraciones públicas de Cataluña deben garantizar:

“a) La promoción y difusión de las buenas prácticas de las asociaciones y las empresas de educación en el tiempo libre y de las entidades juveniles en relación con los principios de la presente ley. b) Junto con las federaciones deportivas, la libre participación de las personas LGBTI en las competiciones y el trato correcto de estas personas en las instalaciones deportivas. c) La ampliación de las funciones del Observatorio Catalán del Deporte en lo relativo a las acciones contra la violencia y la discriminación en el ámbito deportivo, y la recogida de las buenas prácticas de sensibilización de los clubes, las agrupaciones y las federaciones deportivas. d) El acceso a bibliografía específica sobre la temática LGBTI. e) La adopción de las medidas pertinentes en función de la competencia en materia de espectáculos y actividades recreativas para evitar que se puedan cometer actos homofóbicos, bifóbicos o transfóbicos”.

Por último, debemos señalar que el § 16 Preámbulo apunta que en este ámbito “se han introducido criterios de acción positiva contra cualquier tipo de discriminación por razón de orientación sexual, identidad de género o expresión de género en las actividades deportivas, en la producción cultural y en la educación no formal”.

7.3. Los medios de comunicación

Este ámbito se centra en el rol atribuido al Consejo del Audiovisual de Cataluña, que es la autoridad de regulación de la comunicación audiovisual de Cataluña⁴². Se le encomienda velar porque el código deontológico de los medios de comunicación no vulnere los principios de la ley en cuanto al respeto a la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género y las distintas expresiones afectivas

40 Sobre esta cuestión, P. Benavente, *Orientación sexual e identidad de género y relaciones jurídico privadas en Revista General de Derecho constitucional*, 17, 2013, pp. 1-75, que se hace eco de la denominada “Bathroom Bill”, aprobada en agosto de 2013 por la Asamblea Legislativa del Estado de California conforme a la cual se exige de las escuelas públicas que permitan a los estudiantes “transgénero” elegir el uso de los baños, vestuarios y equipo de deporte en función de su identidad de género, con independencia de su sexo de nacimiento. Otros estados están analizando la cuestión.

41 Art. 14. Las administraciones públicas ... “b) Asegurarán el derecho de estudiantes, personal y docentes transexuales al acceso a servicios e instalaciones de los centros educativos, tales como vestuarios y baños, así como a la participación en actividades donde se realice división por sexo, conforme a la identidad de género sentida por la persona.

42 Se rige por la Ley 2/2000, de 4 de mayo, del Consejo del Audiovisual de Cataluña y por la ley (marco del sector) 22/2005, de 29 de diciembre, de la comunicación audiovisual de Cataluña (vid. BOE n.137, de 8 junio 2000 y BOE 38, de 14 febrero 2006; con posterioridad ha habido modificaciones puntuales y disensiones con la administración del estado que han afectado a algunos preceptos).

(art. 15 a) así como establecer recomendaciones sobre los usos lingüísticos y el tratamiento y el uso de las imágenes en relación con la homosexualidad, la bisexualidad, la transidentidad y la intersexualidad (art. 15.b); velar porque los contenidos y la publicidad en los medios de comunicación sean respetuosos hacia las personas LGBTI (art. 15.c); velar porque los medios de comunicación traten con normalidad la diversidad de opciones afectivas y sexuales, de modelos diversos de familia y de identidad o expresión de género, de modo que se favorezca la visibilidad de referentes positivos (art. 15.d); velar porque la programación muestre la diversidad en lo relativo a la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género y en cuanto a los modelos de familia (art. 15.e). Además, el Consejo ha de realizar un seguimiento de las informaciones que ofrezcan un tratamiento contrario a la diversidad sexual, la identidad de género o la expresión de género y recogerlas en un informe que debe hacerse llegar al Síndic de Greuges, al Parlamento de Cataluña y al Consejo Nacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transgéneros e Intersexuales (art. 15.f). Se trata de un informe específico, diferente de su Memoria Anual.

7.4. La salud

El art. 16 es otro cajón de sastre. De nuevo la técnica legislativa escogida -y mejorable- opta por la unificación de contenidos sobre una materia en un único precepto. El resultado no es clarísimo. En primer lugar, el art. 16.2 establece que:

2. El sistema sanitario de Cataluña debe garantizar, mediante protocolos de actuación específicos, que los miembros de parejas estables, independientemente de su orientación sexual o identidad de género, tengan los mismos derechos que la normativa sectorial sanitaria reconoce a los cónyuges o familiares más próximos. En cuanto al consentimiento por sustitución, el conviviente en pareja estable tiene, respecto del otro miembro de la pareja, la consideración de familiar más próximo.”

Junto a esta prescripción, que podemos considerar ya asumida, se recuerda que las administraciones (art. 16.3) han de velar por una política respetuosa hacia las personas LGBTI y que “no trate directa o indirectamente la condición de estas personas, especialmente transgéneros e intersexuales, como una patología”. Este es un criterio/principio rector de la norma (y que hubiera encajado perfectamente en el art. 6). En ningún caso se puede abordar su problemática como una enfermedad/disfunción médica. Asimismo, se han de diseñar estrategias específicas para los problemas también específicos de dichas personas y fortalecer la vigilancia epidemiológica sensible a las distintas situaciones de salud y de enfermedad que puedan tener con respeto, en cualquier caso, al derecho a la intimidad de los afectados (art. 16.c)). En la elaboración de esas políticas y estrategias -entendidas como compromiso gubernamental- deben participar las personas concernidas. Asimismo (art. 16.f), las administraciones deben “promover entre los distintos estamentos de las instituciones sanitarias el establecimiento de prácticas sanitarias o terapias psicológicas lícitas y respetuosas, y en ningún caso aversivas, en lo relativo a la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género”, además deben reconocer a los transexuales el derecho de acceso a los métodos preventivos que garantizan prácticas sexuales más seguras (art. 16.g)). Se prescribe -la disposición más relevante, en términos de políticas eficaces- la incorporación al sistema sanitario de “la atención integral a personas transgénero y a personas intersexuales, de acuerdo con la cartera de servicios vigente, teniendo en cuenta su revisión según los avances científicos, y definiendo los criterios de acceso tanto al tratamiento hormonal como a la intervención quirúrgica” (art. 16.i)). Si se han de adoptar decisiones en ese ámbito se debe tener en cuenta la voluntad de la persona afectada siempre y cuando su vida no corra peligro o sus condiciones de salud no puedan verse perjudicadas, de acuerdo con la normativa vigente. En esta sede (art. 16.i) *in fine*) por fin se alude específicamente a los menores -transexuales e intersexuales-, para apuntar que “deben tenerse especialmente en cuenta, además, su derecho al libre desarrollo de la personalidad y su capacidad y madurez para tomar decisiones”. Esta es una presentación a nuestro juicio claramente insuficiente, porque no se pronuncia sobre el consentimiento ni sobre las cautelas. Por último, las administraciones se obligan a “establecer los mecanismos necesarios para que la documentación administrativa y los formularios médicos se adecuen a la heterogeneidad del hecho familiar y a las circunstancias de las personas LGBTI.” (art. 16.j).

Como cierre de la regulación en esta materia, se debe “garantizar a las mujeres lesbianas la igualdad de acceso a las técnicas de reproducción asistida” (art. 16.k)). En su formulación genérica comprende tanto la posibilidad individual, como en el marco de una relación de pareja. En la actualidad, el código civil de Cataluña establece que el consentimiento de la mujer respecto del hijo que genera su pareja por técnicas de reproducción asistida de lugar a la determinación de la filiación (arts. 235-3, 235-8 y 235-13), con lo cual existe una equiparación total con los otros modos de determinación⁴³. Ciertamente, aquí lo

43 Vid. J.R. García Vicente, *Comentari a l'article 235-3*, en *Comentari al Llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, J.Egea-J.Ferrer (dirs.) - E.Farnós i Amorós (coord.), Barcelona, Ed. Atelier, 2014, p. 588.

que se persigue es la interdicción de un trato preferente a parejas heterosexuales que también pretendan recurrir a estas técnicas en caso de limitaciones o dificultades.

Como último aspecto relevante en este ámbito -que ya hemos apuntado *supra*-, nos sorprende que no haya ninguna referencia a la temprana asignación de género en las personas intersexuales, que es el presupuesto de toda su evolución posterior, y a menudo comporta intervenciones quirúrgicas de envergadura (ante la necesidad, por ejemplo, de una identificación en los registros civiles). Echamos en falta un precepto como el art. 11.2 de la ley extremeña “El sistema sanitario público de Extremadura velará por la erradicación de las prácticas de asignación de sexo en bebés recién nacidos atendiendo únicamente a criterios quirúrgicos y en un momento en el que se desconoce cuál es la identidad real de la persona intersexual recién nacida”. Esta regulación no nos parece óptima -entre otras razones porque sólo alude al sistema sanitario *público*-, pero al menos identifica el problema fundamental con relación a las personas intersexuales⁴⁴. Lo apuntamos aquí, con relación a la sanidad, aunque dado que hay un Título específico para transexuales e intersexuales, también podía situarse sistemáticamente allí. Lo que resulta objetable es el silencio de la ley. Es de temer que, en el momento de la aprobación de la ley, todavía no existía una visión clara de las acciones pertinentes.

7.5. La acción social

El art. 17 es, a nuestro juicio, uno de los preceptos más importantes, pese a su presentación mejorable. Ya hemos apuntado que la LDLGBTI quiere atender “a todas las etapas de la vida” y ese propósito se advierte en este precepto con claridad, pues comienza centrado en los adolescentes y los jóvenes y concluye atendiendo a las residencias geriátricas

En concreto, se avala el especial cuidado (sic) de las administraciones en el apoyo a los adolescentes y jóvenes LGBTI que se encuentren en situación de vulnerabilidad o aislamiento social. Además, las administraciones deben trabajar en la prevención de situaciones que puedan atentar contra la vida o la salud de estas personas a causa de su condición personal. Como precisión -pues el enunciado anterior es en exceso generalista, de nuevo una manifestación de buena voluntad-, “La Administración de la Generalidad debe impulsar medidas y actuaciones de apoyo para adolescentes y jóvenes LGBTI que hayan sido expulsados del domicilio familiar o se hayan marchado voluntariamente del mismo debido a situaciones de maltrato y presión psicológica” (art. 17.2). Esta medida es especialmente necesaria, más cuando existen estudios que demuestran que un porcentaje significativo de menores debe abandonar su hogar⁴⁵. Asimismo, deben establecerse medidas de prevención para las personas LGBTI que puedan sufrir discriminación múltiple, con el objetivo de evitar situaciones de discriminación, riesgo de exclusión social y vulnerabilidad -una medida predicable para todas las etapas de la vida. Por último (art. 17.4), los servicios sociales, y específicamente las residencias para la gente de la tercera edad, tanto públicas como privadas, deben velar porque no se produzcan situaciones de discriminación de las personas LGBTI, tanto si viven solas como si viven en pareja. Se destaca que las administraciones deben velar porque en las residencias u otros equipamientos en que se diferencian los espacios por sexos, las personas transgéneros puedan hacer uso de los espacios asignados al género sentido. Esta es una reivindicación concreta en nuestro país de las personas transexuales, que señalan que con la tercera edad vuelven a hacerse invisibles⁴⁶. Asimismo, debe fomentarse el respeto a la diversidad en lo relativo a la orientación sexual, la identidad de género o la expresión de género entre los usuarios de los servicios sociales -una norma más de educación de la ciudadanía...-.

7.6. El orden público y la privación de libertad

La pretensión, en este ámbito, es garantizar a las personas LGTBI un trato acorde con sus necesidades en caso de detención o retención de algún tipo. De hecho, aunque se predica de todos los integrantes del colectivo, se constata que la preocupación fundamental se centra en la protección de las personas transgéneros. En concreto, el *Gobierno* (este artículo menciona al “gobierno”, frente a la habitual referencia a la administración, el departamento, la Generalitat...) debe establecer las medidas pertinentes para garantizar un trato y una estancia adecuados de las personas LGTBTI en las dependencias policiales

44 Además, menciona la Resolución 1952 (2013) del Parlamento europeo “Children’s right to physical integrity”, que considera una violación de la integridad física “*early childhood medical intervention in the case of intersex children*”.

45 M. Roumiantsevat, *Because parents owe it to them: unaccompanied LGBTQ youth enforcing the parental duty of support*, en 16 *Cuny Law Review*, 363, 2012-2013, pp. 363-390.

46 Vid. Informe *Estat de l’homofòbia a Catalunya*, cit.

(art. 18.a). También debe establecer normas de identificación y cacheo a las personas transgénero “de acuerdo con la identidad sentida” (art. 18.b). Debe completarse con la garantía de que, durante su reclusión en un centro penitenciario, “reciban un trato y tengan unas condiciones de vida que correspondan al género con que se identifiquen” (art. 18.d). Debe recordarse que en España, desde la Instrucción 7/2006, se permitió a las personas transexuales la reclusión en centros penitenciarios en base al género psicosocial que tenían⁴⁷. Asimismo, debe permitirse que dichas personas, mientras están detenidas o internadas, continúen “cualquier tratamiento médico u hormonal que estén siguiendo”. Una manera de facilitar las cosas es garantizando que el personal de seguridad -policías locales, cuerpo de *mossos d’esquadra* [la policía autónoma catalana] y personal penitenciario- tenga una formación inicial y continua sobre la diversidad de la condición de aquellas y sobre la normativa civil, administrativa y penal que las protege (art. 18.e). Por último, el gobierno debe aplicar un protocolo que trate íntegramente a las víctimas de agresiones por razón de orientación sexual, identidad de género o expresión de género (art. 18.f) y promover que denuncien la violencia que padecen por tales conceptos (art. 18.g).

7.7. Participación y solidaridad

Este ámbito (art. 19) se centra en “las políticas de cooperación y fomento de la paz y de los derechos humanos”, en las que debe promoverse la lucha por los derechos de las personas LGBTI e impulsar proyectos que reconozcan sus derechos en los países en que se les discrimine. Ese propósito se concreta -pues identificamos, pese a todo, una secuencia entre los dos párrafos que integran el precepto- en dos acciones que no se ajustan exactamente con el enunciado expuesto, pues no son de política exterior, sino interior. En concreto, “introducir la diversidad en la relativo a la orientación sexual, la identidad de género o la expresión de género como un área más de trabajo en el ámbito de la inmigración. Apoyar a las personas que han sufrido persecución o represalias en sus países de origen” por dichas razones (art. 19.2.a) y “establecer una comunicación estable con el conjunto de los representantes de las creencias religiosas que conviven en Cataluña” (art. 19.2.b). Esta última medida va ligada a la convicción de que los líderes religiosos de las comunidades, a día de hoy, son los principales detractores de esas personas e incluso si no lo son, su aceptación es clave para integrarlas. Si se consigue su cooperación, la discriminación de las personas LGBTI será menor o, en otras palabras, su entorno les resultará más favorable para el desarrollo de su identidad. Es una medida interesante, porque reconoce una situación real, pero pendiente de concreción.

7.8. El mercado de trabajo

En este ámbito -ubicado en un capítulo específico dentro del Título II- se parte de la voluntad de integrar el derecho a la igualdad de trato y oportunidades (art. 20). Para ello, las empresas deben adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral. Se explicita que “estas medidas deben ser objeto de negociación y, en su caso, deben acordarse con los representantes legales de los trabajadores” (art. 20.2 in fine). Se impulsa la adopción voluntaria de planes de igualdad y no discriminación, “mediante las medidas de fomento pertinentes, especialmente dirigidas a las pequeñas y medianas empresas, que deben incluir el apoyo técnico necesario” (art. 20.3). En buena medida, se intenta un paralelismo sobrevenido con las medidas en pro de la igualdad real de los sexos, pues los Planes de igualdad son una realidad desde la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (arts. 45 - 49)⁴⁸ -obligatorios para las empresas con más de 250 trabajadores, recomendados para las medianas y pequeñas-. En este caso no son obligatorios, sino una recomendación, entre otras razones -y lo afirmamos desde el pragmatismo-, porque en términos estadísticos el número de personas LGBTI trabajadoras es menor.

En este ámbito, interesan las medidas y actuaciones para la ocupación que debe adoptar e implementar el Departamento de trabajo (art. 21). El punto de partida es garantizar, mediante la Inspección de Trabajo, que no existe discriminación “y el pleno ejercicio de los derechos de las personas LGBTI, en materia de contratación y de condiciones de trabajo y ocupación, al personal de la Administración de la Generalitat”. Asimismo, impulsar actuaciones y medidas de difusión y sensibilización en las empresas, como -por ejemplo- “incorporar a las nuevas convocatorias de subvención criterios de igualdad de oportunidades” (art. 21.b.2º) o incentivar a la fuerzas sindicales y empresariales para que realicen campañas divulgativas (art. 21.b 3º). Corresponde también al Departamento fomentar la implantación progresiva de indicadores que tengan en cuenta la realidad de las personas LGTBI en los sectores públi-

47 Acaip, en <https://www.acaip.es/areas/legislacion/circulares-instrucciones?start=80>.

48 BOE n.71, 23 marzo 2007.

co y privado, y la creación de un distintivo que sirva para reconocer a las empresas que destaquen por la aplicación de políticas no discriminatorias; desarrollar estrategias para la inserción laboral de personas transgénero; promover la formación específica del personal de inspección de trabajo en este ámbito o “impulsar nuevas formas de organización y gestión del tiempo de trabajo en las empresas y desarrollar medidas y actuaciones dirigidas al conjunto del tejido productivo catalán que faciliten la conciliación de la vida laboral, personal y familiar de acuerdo con la heterogeneidad del hecho familiar” (art. 21.e). Hemos transcrito esta medida porque refleja, una vez más, esa reiteración de contenidos, sólo que ahora ligados a un colectivo concreto. La voluntad de avanzar hacia la conciliación, más que una reivindicación o problemática de las personas LGBTI es un problema de la ciudadanía en general. No hallamos diferencias entre los problemas cotidianos de una pareja heterosexual *clásica*, en la difícil conciliación de la vida profesional y la familiar y una pareja homosexual en esta materia.

8. Los “mecanismos para garantizar el derecho a la igualdad”

El Título IV se concentra en los mecanismos -o herramientas- para “garantizar la igualdad”, esto es, para evitar la discriminación. Ex §24 Preámbulo, “otros aspectos regulados en el presente texto son el derecho a la igualdad de trato, la tutela judicial y la legitimación para la defensa del derecho a la igualdad, el derecho de admisión, el derecho a una protección integral, a la atención y reparación, la garantía institucional, el establecimiento de un servicio integral y el régimen de infracciones y sanciones”. La sola enumeración ya avala la sistemática perfectible, porque establece una secuencia variopinta, un nuevo cajón de sastre. No obstante, está identificando algunos aspectos importantes para la tutela de los colectivos, que merecen mayor atención.

En concreto, como “disposiciones generales”, se menciona la tutela judicial y administrativa del derecho a la igualdad de las personas LGTBI (art. 24), que deberá comprender. “Están legitimados para la defensa del derecho en los procedimientos administrativos, además -obviamente de los afectados- los “interesados” (si lo autoriza la persona afectada), que son las entidades, asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus finalidades la defensa y promoción de los derechos humanos”. También los sindicatos, las asociaciones de profesionales y las organizaciones de consumidores y usuarios. En relación con los procesos civiles, contencioso-administrativos y sociales (y de acuerdo, obviamente, con las leyes procesales correspondientes) las entidades mencionadas (exceptuando asociaciones de profesionales y organizaciones de consumidores) tienen legitimación para defender a sus asociados.

Tras esta formulación general, se identifican los mecanismos siguientes: derecho de admisión (art. 26); derecho a la atención y reparación (capítulo III, arts. 27-30) y el régimen de infracciones y sanciones (capítulo IV, arts. 31-39).

8.1. Derecho de admisión

Ex art. 26 LDLGBTI, se prohíbe la discriminación en relación “tanto a las condiciones de acceso como a la permanencia en los establecimientos, y el uso y disfrute de los servicios prestados en los mismos”. Esa proscripción va ligada al deber de los propietarios de expulsar a quienes violenten a otros por razón de su orientación sexual, identidad o expresión de género, así como a quienes lleven símbolos o vistan una indumentaria u objetos que inciten a la violencia, a la discriminación o a la homofobia/bifobia/transfobia.

8.2. Derecho a la atención y a la reparación

Bajo esta denominación se integran el derecho a la protección integral, real y efectiva (art. 27) y a la atención y asistencia jurídica (art. 29). Su presentación es muy genérica y, al mismo tiempo, acotada. Baste ver la redacción del art. 29: “Las administraciones públicas de Cataluña deben establecer los mecanismos necesarios para garantizar que las personas LGTBI tengan derecho a recibir toda la información y asistencia jurídica especializada relacionada con la discriminación y los distintos tipos de violencias ejercidas contra estas personas”. Fuera pertinente una mayor concreción de esos mecanismos...

Pero en este capítulo hay dos artículos relevantes, sobre la contravención de la ley en el ámbito contractual (art. 28) y en relación con la inversión de la carga de la prueba (art. 30), que en puridad sí son dos herramientas concretas. Ex art. 28, “son nulos de pleno derecho las disposiciones, los actos o las cláusulas que constituyen o causan discriminación por razón de orientación sexual, identidad de género o expresión de género y pueden dar lugar a responsabilidades de acuerdo con lo establecido

por la legislación vigente”⁴⁹. Por último, se establece que cuando en un proceso la parte actora alegue discriminación y aporte indicios fundamentados -que puede probar por cualquier prueba admitida en derecho, pudiendo también tenerse en cuenta pruebas estadísticas y tests situacionales (art. 30.2)-, es la parte demandada quien debe aportar “una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. Se puntualiza que este criterio “no es aplicable a los procesos penales ni a los procedimientos administrativos sancionadores” (art. 30.4). Este principio es una constante en las leyes antidiscriminatorias, con el referente primero de las normativas de la UE. Lo encontramos, por ejemplo, en el art. 36 [Carga de la prueba] de la ley 62/2003 -citada en el Preámbulo- y en el art. 13 LO 3/2007, de ahí que los reproches que se hicieron a su inclusión en la ley durante la tramitación parlamentaria muestren, sencillamente, ignorancia.

8.3. El régimen sancionatorio

Como buena ley administrativa, la clave para la protección va ligada a una pormenorizada relación de infracciones y las correlativas sanciones, en un capítulo específico (IV) -que fue en su momento una novedad respecto de otras leyes autonómicas-. De acuerdo con la clasificación habitual, las infracciones que recoge la ley se dividen en “leves, graves y muy graves ... siempre y cuando no sean constitutivas de falta o delito” (art. 34.1). Las diferencias pueden ser, sencillamente, de periodicidad. Así, por ejemplo, constituyen infracciones leves el uso de “expresiones vejatorias, por cualquier medio, que inciten a ejercer la violencia contra las personas o sus familias, por causa de la orientación sexual, la identidad de género o la expresión de género, de un modo intencionado” (art. 34.3 a)) en tanto que son infracciones graves las mismas expresiones vejatorias en que ese “modo intencionado” sea además “reiterado” (art. 34.4 a)). Como infracciones muy graves se identifican “el acoso o comportamiento agresivo hacia personas o sus familias por causa de la orientación sexual, la identidad de género o la expresión de género” (art. 34.5.a)) así como “convocar espectáculos públicos o actividades recreativas que tengan como objeto la incitación al odio, la violencia o la discriminación de las personas LGTBI”. Es curioso que la regulación apenas se sirve, pese a las definiciones previas, de la *discriminación* como criterio técnico. De hecho, en este capítulo sólo se menciona en el art. 31, para recordar que “cualquier discriminación por orientación sexual, identidad de género o expresión de género que tenga lugar en el ámbito del trabajo, tanto en la selección o la promoción de personal como en el desarrollo de las tareas, incluido el acoso, constituye una infracción y puede ser objeto de investigación y, si procede, de sanción, de acuerdo con el procedimiento y la tipificación establecidos en la legislación laboral”. Por tanto, no hay, en la relación de infracciones, ninguna ligada de manera directa a la discriminación explicitada como tal. Esta sólo se menciona de manera accesoria, con relación a la identificación de las penas, para establecer (art. 34.6) que la discriminación múltiple y la victimización secundaria incrementan en un grado el tipo de infracción establecido por la ley.

9. El soporte administrativo: un órgano consultivo/participativo y un órgano coordinador

La ley, en el título dedicado a la “Organización administrativa” constituye e identifica dos organismos específicos: un órgano consultivo y participativo permanente, el “Consejo Nacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transgéneros e intersexuales” (art. 7) y un órgano coordinador de las Políticas LGBTI (art. 8). El Consejo Nacional sustituye al anterior Consejo Nacional de Lesbianas, Gays, hombres y mujeres bisexuales y transexuales, creado en el 2007 por el Decreto 141/2007, de 27 de junio⁵⁰. Existe una sucesión clara entre ambas instituciones, como avala la DT 1^a, que en tanto no exista un nuevo reglamento, el Consejo se rige por el Decreto 141/2007 “en todo cuanto no contradiga la presente ley”. Resaltamos ese carácter básicamente consultivo, aunque también la ley lo define como “un espacio de participación ciudadana superior en materia de derechos y deberes de las personas LGBTI”⁵¹. El carácter consultivo se manifiesta, por ejemplo, en que puede informar sobre proyectos normativos y no normativos así como “recibir información sobre la aplicación de lo establecido por la presente ley y formular propuestas de

49 Sobre esta cuestión, por todos, A. Aguilera Rull, *Prohibición de discriminación y libertad de contratación*, en *InDret*, en http://www.indret.com/pdf/618_es.pdf, 1, 2009,

50 DOGC 4914, 8 junio 2007. El ayuntamiento de Barcelona también se ha dotado de un organismo paragonable.

51 Sobre estos organismos, Rey Martínez, *El modelo europeo de lucha contra la discriminación...*, *op.cit.*, ps.46-59.

mejora en la actuación de los servicios públicos de las administraciones catalanas y del resto de ámbitos..." (art. 7.2 *in fine*).

El órgano que se postula como realmente efectivo es el coordinador de las políticas LGBTI (art. 8). Se contempla como función específica la prestación de un "servicio integral para atender a las personas que sufran, hayan sufrido o estén en riesgo de sufrir discriminación..." (art.9), que atenderán profesionales con "formación relacionada con los derechos civiles y en materia de no discriminación"⁵². Dicho órgano deberá informar periódicamente al Consejo, al Parlamento y colaborar, entre otros, con el Síndico y con la Fiscalía (art. 8.4 y 3)

Durante la tramitación se discutió la posible creación de un Observatorio. La DA 4ª establece que podría crearlo -como posibilidad, no como decisión imperativa- la futura ley integral de discriminación. Dicho órgano podría asumir "las políticas de atención, información, asesoramiento, evaluación y la potestad sancionadora" que establece la LDLGBTI. Todo queda en conjeturas, a la espera de un marco legal completo (vid. *infra*).

10. La configuración futura de un marco jurídico antidiscriminatorio completo

La DA 4ª contempla una futura -pero, aparentemente, en un futuro muy próximo- Ley para la no discriminación, cuyo borrador debía ser remitido al parlamento en el plazo de 8 meses a partir de la fecha de publicación de la ley (ergo antes del 20 de julio del 2015). Este objetivo no ha sido posible, con el dato añadido de que en Cataluña se conoció con mucha anticipación la convocatoria de elecciones autonómicas (septiembre 2015), con la correlativa imposibilidad de tramitar una norma de estas características. Eso no obsta para que se sitúe su contenido. Ex párrafo 2 de la DA 4ª LDLGBTI, "La ley para la no discriminación debe regular, desde una perspectiva integral transversal, medidas destinadas a prevenir, eliminar y corregir las distintas formas de discriminación en el sector público y privado, de acuerdo con las competencias que la Generalidad tiene reconocidas, y debe establecer un régimen sancionador que contenga la tipificación, la clasificación y los criterios de graduación de las infracciones relacionadas con las distintas formas de discriminación". Lo que sí ha hecho la Generalitat en este período -ya lo hemos mencionado al inicio- es aprobar la Ley 17/2015, de 21 de julio, de igualdad efectiva de mujeres y hombres.

11. Una (breve) observación final

La norma deja un sabor agri dulce en cuanto a sus resultados y un necesario reproche en relación con la técnica legislativa empleada. El título permitía imaginar un contenido más ambicioso, con una mejor identificación/reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI. Como hemos dicho, en realidad es una norma dirigida a las administraciones públicas, en la línea de las normas europeas que marcan la actuación de los estados. Por criterios de proximidad, hubiéramos preferido otro desarrollo y otra manera de encarar las diversas etapas de la vida (ya hemos apuntado que echábamos en falta una atención/protección específica de los menores)

En cuanto a la técnica legislativa, hemos mencionado repetidamente que algunos preceptos son ampulosos "cajones de sastre", donde caben regulaciones diversas y se acaba teniendo la sensación de un *patchwork*. En ocasiones son más declaraciones de principios que construcciones jurídicas que trascendencia inmediata. Asimismo, creemos que determinados aspectos relativos a las personas LGTBI podrían, a nuestro juicio, estar mejor ordenados en otras sedes. Sería interesante debatir, por fin, el encaje en las normas estrictamente civiles, que atienen al estatuto jurídico de las personas y a su mejor protección. Ciertamente, esa protección tiene encaje en la Constitución y da lugar a una protección pública, pero sería adecuada una lectura jurídico-privada de algunas cuestiones. Un ejemplo: Cataluña regula en el Libro Segundo de su Código civil determinadas materias vinculadas al derecho de la persona, como la "Autonomía de la persona en el ámbito de la salud", que atiende al consentimiento informado y al

52 La mención a los derechos civiles podría iniciar un debate sobre derechos civiles y LGBTI si no fuera porque sólo aparece aquí, casi como un desliz terminológico, si atendemos a las categorías jurídicas del ordenamiento catalán.

internamiento [Título I capítulo II]. Incluye el art. 212-7 CCCat [Decisiones sobre el propio cuerpo]⁵³, un precepto singular entre los códigos civiles de nuestro entorno y cuyo análisis -que ya posibilitaría una contribución específica- se centró, dada la situación en el momento de la discusión, en el último inciso, esto es, en la salud reproductiva (léase libertad reproductiva). Pero su regulación trasciende ese ámbito para poder integrar, con garantías, la tuición de los intersexuales, por ejemplo.

Dicho esto, y pese a que criticamos la factura de la ley (y tenemos la sensación de que ha existido una cierta improvisación en su elaboración/ tramitación), queremos destacar que es un paso más, y por ello aplaudible. Desde hace más de veinte años, la adecuada protección e integración de las personas LGTB es objetivo de las administraciones públicas. Probablemente la implementación de las políticas proyectadas no ha tenido los resultados deseados, entre otras cosas porque el advenimiento de la crisis ha recortado significativamente los presupuestos de que se disponía, pero existe una voluntad real de mejorar en este sentido, con el soporte de la ciudadanía. Comenzábamos el análisis mencionando la existencia de un marco normativo *multi-level*. Es de desear que dé lugar a actuaciones también *multi-level*, que nos permitan avanzar en la erradicación ya no de la homofobia, bifobia... sino *tout court* de la discriminación.

53 “La libre decisión de las personas es determinante en las cuestiones que puedan afectar a su dignidad, integridad y bienestar físico y mental y, en particular, en cuanto al propio cuerpo y a la salud reproductiva y sexual”.

Commenti

Giuseppa Palmeri*

Spunti di riflessione su maternità di sostituzione e trascrivibilità del certificato di nascita a partire dalla sentenza 6 febbraio 2014, n. 835/2013 del Tribunal Supremo de Madrid (ricorso 245/2012)

Sommario

1. Il fondamento della genitorialità – 2. Il caso deciso dal Tribunal supremo di Madrid – 3. Le ragioni del ricorso – 4. La soluzione del Tribunal Supremo – 5. L'opinione dissenziente – 6. Autodeterminazione e status familiari – 7. Il riesame della questione da parte del Tribunal supremo di Madrid alla luce delle pronunce 26 giugno 2014 della Corte Edu *Menesson v. Francia* e *Labassee v. Francia* – 8. La casistica italiana – 9. Ordine pubblico internazionale e dignità umana – 10. Il primato dei diritti fondamentali

Abstract

Il tema esaminato è quello della (in)trascrivibilità dei certificati di nascita formati all'estero in conseguenza del ricorso di coppie dello stesso sesso a metodiche di procreazione artificiale (eterologa e maternità di sostituzione) o istituti (adozione piena) non ammessi in Italia. L'indagine tiene conto degli esiti interpretativi cui si è pervenuti in Italia e in paesi di tradizione giuridica affine oltre che della giurisprudenza sovranazionale. In presenza di plurime soluzioni, l'Autrice, mettendo l'accento sui diritti fondamentali del bambino, giunge alla conclusione dell'ammissibilità della trascrizione in funzione della salvaguardia del *best interest of the child*.

The analysed subject is the (im)possibility to transcribe the born certificates written abroad of those kids who have been conceived with the artificial insemination by homosexual couples in specialized institute not allowed in Italy. The survey takes into account the result of interpretation that has been reached in Italy and in countries of similar legal tradition as well as the supranational jurisprudence. There are many solution and the author of the study, focusing on the fundamental rights of the child, assume that is possible to transcribe the born certificates of those kids according to the best interest of the child.

1. Il fondamento della genitorialità

Il tema della trascrivibilità nei registri dello stato civile del certificato di nascita attestante la filiazione a favore dei genitori sociali in seguito all'attuazione della pratica di maternità di sostituzione effettuata all'estero, in paesi in cui questa metodica è ammessa (pur se con modalità differenti), è sempre più frequentemente presente nella giurisprudenza di quegli ordinamenti che vietano la maternità di sostituzione, impegnando gli interpreti nella difficile opera di ricerca di un punto di equilibrio, non sempre scevro da influenze di natura ideologica e spesso condizionato dalla valutazione in termini di illiceità dell'atto, con conseguente trasposizione del divieto di diritto interno attraverso il filtro dell'ordine

* Ordinaria di Diritto privato nell'Università di Palermo. Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

pubblico che, come è noto, costituisce invece lo scandaglio mediante il quale verificare la compatibilità degli effetti che tale atto determina all'interno dell'ordinamento di appartenenza dei genitori sociali, e, dunque, della applicabilità del diritto altro e dell'efficacia dei provvedimenti e delle sentenze stranieri (artt. 16 e 64 e ss., l. 31 maggio 1995, n. 218 e art. 18, d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396).

Il presente lavoro trae spunto da una vicenda giudiziaria che ha riguardato l'ordinamento spagnolo, ma che ben si presta ad una riflessione più generale su filiazione e (criteri di imputazione della) genitorialità anche alla luce delle pronunce presenti nella casistica italiana e nel panorama europeo.

Fatta eccezione per l'istituto dell'adozione modellato, comunque, in Italia sulla falsariga della genitorialità naturale, il superamento della tendenziale unicità del parametro biologico nell'attribuzione della genitorialità, intimamente connesso al presupposto della naturalità della procreazione, è dovuto all'attuarsi di metodiche procreative "artificiali", che aprono la via al livello normativo alla scelta di fondare il rapporto di filiazione a partire dalla assunzione volontaria e consapevole della responsabilità genitoriale.

Le leggi che disciplinano la procreazione medicalmente assistita ricorrono a questo parametro nei casi di inseminazione eterologa e, ove ammessa, di maternità di sostituzione. Il risultato viene realizzato mediante le previsioni dell'anonimato dei donatori, della non assunzione da parte loro di diritti-doveri nei confronti del nato, dell'attribuzione della genitorialità alla coppia (o alla donna single) che ha attivato la metodica, della rinuncia alla maternità della madre di gestazione, accompagnata dal consenso del partner o del coniuge (ove esistente).

Seppure con molte cautele, il criterio della responsabilità genitoriale quale elemento di determinazione del correlativo *status* ha trovato ingresso anche nel nostro ordinamento oltre il caso dell'adozione, come attestano la l. 10 dicembre 2012, n. 219 (e il d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154) di riforma della filiazione e la l. 19 febbraio 2004, n. 40 in materia di procreazione medicalmente assistita.

La prima, nel porre una limitazione temporale all'esercizio dell'azione di disconoscimento di paternità fissando in cinque anni il termine di prescrizione per il marito e per la madre, permette che l'attribuzione della paternità si cristallizzi anche ove sia assente una discendenza genetica con il figlio (unico soggetto legittimato ad agire in ogni tempo: artt. 243 bis e ss. cod. civ.)¹.

La seconda, nel prevedere all'art. 9 che nell'ipotesi "di applicazione delle tecniche di tipo eterologo il donatore dei gameti non acquista alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può fare valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi", unitamente al divieto per la madre di dichiarare la volontà di non essere nominata e per il coniuge o il convivente di esercitare le azioni volte a eliminare il rapporto di filiazione (rispettivamente l'azione di disconoscimento della paternità di cui all'art. 235 cod. civ. e l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità di cui all'art. 263), attribuisce la genitorialità alla coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche di procreazione assistita, prescindendo dal legame biologico con il figlio².

Nel sistema sono presenti altri esempi di genitorialità slegata dal dato genetico. Si è più volte richiamato l'istituto dell'adozione dei minori di età rispetto al quale, con specifico riguardo al ragionamento che qui si intende svolgere, una particolare rilevanza riveste l'art. 44, comma 1, lett. b), della l. 4 maggio 1983, n. 184 in tema di adozione in casi particolari del minore da parte del coniuge del genitore (genetico o adottivo)³.

1 Con riguardo alle azioni di stato la stessa giurisprudenza si è progressivamente allontanata dal *favor veritatis* in funzione della massima protezione dell'interesse del minor al mantenimento della propria identità, in qualunque modo acquisita. In questa prospettiva deve leggersi quell'orientamento interpretativo che non ammette l'impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità esercitata da chi ha effettuato il riconoscimento nella consapevolezza della sua non corrispondenza al vero (c.d. riconoscimento di compiacenza). Fra le tante v. Tribunale di Napoli, sentenza dell'11 aprile 2013, in *Foro italiano*, 2013, I, 2040.

2 La previsione dell'art. 9 nasce all'interno di una normativa diretta ad autorizzare esclusivamente le tecniche di fecondazione omologa in funzione della risoluzione di problemi di infertilità e sterilità della coppia non altrimenti superabili, con conseguente divieto di ogni altra metodica (eterologa, *post mortem*, di maternità di sostituzione).

Come è noto, l'impianto originario della legge 40/2004 è stato, però, incisivamente modificato in seguito ai ripetuti interventi della Corte costituzionale, da ultimo quello con cui è stata dichiarata l'illegittimità del divieto della procreazione eterologa medicalmente assistita: Corte costituzionale, ordinanza del 9 aprile-10 giugno 2014, n. 162, in *G.U.*, 18 giugno 2014, n. 26, I serie speciale.

3 La l. 184/1983 non consente l'adozione piena del single e neppure l'adozione del figlio (biologico o adottivo) del partner, possibilità ammessa invece in altri ordinamenti attraverso la c.d. *second parent adoption*. Alcuni Paesi prevedono meccanismi per il riconoscimento giuridico del ruolo genitoriale svolto dal coniuge o dal partner nei confronti del figlio dell'altro (così, ad esempio, in Francia) ovvero la condivisione della responsabilità genitoriale da parte del convivente di una unione registrata (si pensi in Germania alla c.d. piccola potestà genitoriale).

Le questioni da risolvere ruotano intorno alla risposta che l'ordinamento può e deve dare quando il rapporto di filiazione nasce sulla base di un atto vietato dal diritto interno (adozione del single, maternità di sostituzione, e fino a poco tempo fa procreazione eterologa), in seguito al quale si acquista lo status genitoriale in forza delle norme straniere e si instaura in concreto la relazione affettiva.

Nella valutazione di una situazione di questo genere, in Italia, gli interpreti hanno fatto riferimento ai principi fondamentali di matrice interna e sovranazionale in tema di persona e famiglia, a partire dalla clausola generale del superiore interesse del minore.

2. Il caso deciso dal Tribunal supremo di Madrid

Il Tribunal supremo di Madrid, in adunanza plenaria, ha affrontato la questione dell'ammissibilità della trascrizione nel Registro civile della filiazione di due bambini, nati in seguito a gestazione di sostituzione in un paese straniero ove questa pratica è ammessa (nella specie la California), a favore dei genitori sociali, in particolare due uomini legati da una relazione amorosa⁴.

Il caso trae origine dall'impugnazione ad opera del Procuratore della Repubblica della determinazione adottata dalla Direzione generale dei registri e del notariato di iscrivere nel registro civile spagnolo consolare la filiazione a favore dei padri intenzionali, filiazione attestata dalle autorità della California conformemente alla propria legislazione che ammette l'accordo di maternità di sostituzione e l'acquisto dello status genitoriale della coppia che intende prendersi cura dei bambini nati in seguito a questa tecnica, in ragione della rinuncia della donna gestante ai propri diritti parentali nei confronti della prole.

L'iscrizione della nascita, avvenuta nello stato nordamericano, era stata effettuata nel registro consolare di Spagna a Los Angeles. In primo grado il Tribunale di Valencia ha accolto l'impugnazione della Procura volta ad ottenere la sua cancellazione per contrarietà del provvedimento all'ordine pubblico spagnolo; decisione confermata in sede di appello.

Avverso tale pronuncia i genitori hanno fatto ricorso in Cassazione, denunciando la violazione dell'art. 14 CE per lesione del principio di uguaglianza in relazione al diritto ad un'unica identità del minore e al suo superiore interesse, consacrato nella Convenzione di New York sui diritti del fanciullo.

La questione è stata rimessa all'Adunanza plenaria, nella consapevolezza della sua complessità e delicatezza, e della rilevanza al livello interpretativo della conseguente soluzione del caso concreto⁵.

3. Le ragioni del ricorso

Occorre qui sottolineare come l'iscrizione nel Registro civile consolare di Los Angeles sia stata eseguita per ordine della Direzione generale dei registri e del notariato, adita dai ricorrenti in seguito al rifiuto dell'incaricato del Registro civile consolare di procedervi a causa del divieto di maternità di sostituzione fissato dall'art. 10 della l. spagnola 14/2006 in materia di Tecniche di riproduzione assistita.

La Direzione generale dei registri e del notariato, nell'accogliere il ricorso, ha ordinato l'iscrizione della nascita, così come attestata dalla certificazione straniera esibita dai genitori, nella quale ambedue i ricorrenti figuravano come padri dei minori. Secondo la Direzione generale la soluzione volta a garantire l'iscrizione non è suscettibile di ledere l'ordine pubblico internazionale spagnolo, evitando al contrario una discriminazione legata al sesso e proteggendo il superiore interesse dei bambini.

Sul punto in dottrina: G. Ferrando, *Famiglie ricomposte e nuovi genitori*, in *Bilanci e prospettive, del diritto di famiglia a trent'anni dalla riforma*, T. Auletta (a cura di), Milano 2007, pag. 285, ss.; G. Oberto, *Problemi di coppia, omosessualità e filiazione*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2010, pag., 802, e ss., spec. 821 s.; A. D'Angelo, *La famiglia nel XXI secolo: il fenomeno delle famiglie ricomposte*, in *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, D. Amram e A. D'Angelo (a cura di), Padova, 2011, p. 13 ss., spec. p. 28 ss; M.G. Stanzione, *Rapporti di filiazione e "terzo genitore": le esperienze francese e italiana*, in *Famiglia e diritto*, 2/2012, pag. 201 e ss. part. 205 ss.

4 Tribunal Supremo di Madrid, Sala de lo Civil, 6 febbraio 2014, n. 835/2013, in questa *Rivista*, p. 354 e in *Articolo29* www.articolo29.it

5 Nel corso dell'adunanza plenaria il giudice José Antonio Seijas Quintana avendo espresso un voto difforme, di minoranza, non ha proceduto all'estensione della motivazione, affidata ad un altro magistrato, Rafael Sarazá Jimena, espressione dell'orientamento della maggioranza.

Contro questa determinazione è stato proposto ricorso in sede giurisdizionale. Secondo la Procura, infatti, il diritto californiano verrebbe a confliggere irrimediabilmente contro la normativa interna di divieto della maternità di sostituzione con conseguente nullità del relativo accordo e determinazione dello stato di filiazione in base al parto, salva la possibilità di esercitare eventualmente l'azione di reclamo della paternità nei confronti del padre biologico.

Ad opporsi all'accoglimento del ricorso sono sia i genitori sociali che l'Avvocatura dello Stato.

Il Tribunal supremo sottolinea, preliminarmente, come nonostante non siano stati prodotti in giudizio l'accordo di gestazione per sostituzione e la sentenza del Tribunale californiano, l'esistenza di tali atti non sia contestata e rappresenti il presupposto del procedimento. Individua, quindi, il motivo di ricorso prospettato dai genitori nella violazione dell'art. 14 CE per lesione del principio di uguaglianza in relazione al diritto ad un'unica identità del minore e al suo superiore interesse. Ripercorre, infine, gli argomenti posti a base di tale motivo, tutti imperniati intorno ad alcuni principi considerati fondamentali in materia di diritti della persona e di filiazione, e segnatamente il principio di non discriminazione, di responsabilità (assunta mediante la manifestazione di volontà diretta a farsi carico della crescita dei bambini), di garanzia del superiore interesse del minore, che si traduce nel suo diritto ad avere in ogni Paese il medesimo status personale. In questa prospettiva — secondo i ricorrenti — il riconoscimento della filiazione determinata dalla certificazione dei registri californiani non contraddice l'ordine pubblico internazionale spagnolo, che, certamente, non consente di ritenere valido ed efficace un contratto di maternità di sostituzione ma che non impedisce l'inserimento nei registri dello stato civile della filiazione, trattandosi di una "*consecuencia ultima e periferica*" del suddetto negozio.

4. La soluzione del Tribunal Supremo

Nella lunga e articolata decisione assunta dal Tribunal Supremo di Madrid vengono puntualmente spiegate le ragioni che non permettono di recepire nell'ordinamento interno la certificazione straniera in ordine al rapporto di filiazione sorto per maternità di sostituzione, allo scopo di dissipare ogni dubbio circa la possibile, surrettizia conclusione della non compatibilità della relazione filiale rispetto alle unioni omosessuali.

Al riguardo si sottolinea come nella pronuncia d'appello il diniego all'iscrizione del rapporto di filiazione non si fonda sulla circostanza che i genitori siano entrambi uomini ma che la filiazione tragga origine dall'accordo di maternità di sostituzione concluso in California per aggirare il divieto vigente in Spagna. Nessuna disparità di trattamento è, dunque, configurabile nella fattispecie in oggetto, trovandosi i ricorrenti in posizione profondamente differente da quella in cui versano due donne unite in matrimonio al momento della nascita di un figlio avuto con l'ausilio delle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, giacché in questo caso è la stessa l. 14/2006 a stabilire i criteri per la determinazione legale della filiazione (cfr. artt. 7 e ss.).⁶

Il Tribunal Supremo, preliminarmente, affronta il tema del riconoscimento delle decisioni straniere e della loro necessaria conformità all'ordine pubblico internazionale; un ordine pubblico c.d. attenuato in quanto funzionale al rispetto dei diritti e delle libertà garantiti dalla Costituzione e dalle Convenzioni internazionali ratificate dalla Spagna, funzionale, cioè, all'osservanza del sistema di valori e principi costitutivi dell'ordine vigente.

L'oggetto del giudizio — secondo i giudici — non riguarda il conflitto fra leggi, bensì l'ammissibilità del riconoscimento di una decisione, già adottata ad opera di una autorità straniera, identificativa di uno status personale — la filiazione — sulla base della legislazione californiana. In sostanza, ciò che occorre stabilire è se la determinazione straniera può produrre i suoi effetti in Spagna e, conseguentemente, determinare la filiazione a favore dei ricorrenti nel sistema giuridico spagnolo.

La questione è di notevole rilievo in un contesto ove la correlazione tra ordinamenti presuppone e sollecita la libertà di circolazione delle persone, dando origine a una puntuale riflessione in merito ai limiti ammissibili rispetto al mantenimento delle condizioni personali e familiari già acquisite (cognome, status coniugale e di filiazione)⁷. La concreta possibilità che in presenza di interazione tra ordinamenti e di elementi di estraneità sia data una risposta giuridica differente e contraddittoria deve indurre il

6 Secondo la legge spagnola il bambino nato a seguito di trattamenti di riproduzione assistita con gameti di donatori (sperma, ovociti, embrioni) è figlio della coppia che ha prestato il proprio consenso al trattamento (art. 8).

7 Sul punto nella recente letteratura C. Camardi, *Diritti fondamentali e status della persona*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2015, p. 7 ss.; G. Palmeri, M.C. Venuti, *La trascrivibilità del matrimonio tra identità personale e circolazione dello status coniugale*, in questa *Rivista*, 92, § 5 s.

diritto internazionale privato a individuare norme di bilanciamento e non di supremazia, in conformità con l'unico limite indefettibile costituito dall'ordine pubblico internazionale.

Il controllo dello Stato relativamente all'ingresso nell'ordinamento interno delle decisioni straniere deve tendere alla verifica della rispondenza di tali provvedimenti ai principi fondanti della convivenza civile. Nel ragionamento del Tribunale, non deve trattarsi di un controllo inerente ai soli aspetti formali (regolarità e autenticità della certificazione del registro straniero), ma deve estendersi agli aspetti sostanziali del provvedimento.

Nella materia in esame questi principi vanno rintracciati nel diritto delle persone e della famiglia e nella disciplina di protezione dell'infanzia, ambiti normativi a loro volta espressivi di valori e precetti di rango costituzionale, il primo dei quali è rappresentato dalla dignità come fondamento dell'ordine politico e della pace sociale. L'integrità fisica e morale della persona, il libero sviluppo della personalità dell'individuo che si traduce nel potere di autodeterminazione e nella libertà di agire responsabilmente, il rispetto alla vita privata, familiare e matrimoniale, la protezione della famiglia e dell'infanzia sono i valori cardine che devono essere tenuti presenti nella definizione del giudizio.

In motivazione si osserva come, se in un contesto così articolato e sensibile all'affermazione piena dei diritti fondamentali, la discendenza biologica non è più considerata la fonte esclusiva del rapporto di filiazione potendo tale rapporto instaurarsi in conseguenza di altri elementi (l'adozione, il consenso alla procreazione assistita, anche eterologa) senza che ciò comporti la violazione dell'ordine pubblico, deve allora essere consentito che il vincolo di filiazione possa legittimamente instaurarsi anche rispetto a genitori dello stesso sesso. Tuttavia, pur essendo questo un risultato acquisito in molti ordinamenti, compresa la Spagna, ciò che per il Tribunale Supremo non è ammesso né accettato è che mediante l'adozione ovvero le tecniche di riproduzione assistita possa ledersi la dignità della donna gestante e del figlio, che la gestazione e la filiazione possano essere negoziate, che possa permettersi a terzi di porsi come intermediari sul mercato rispetto alla conclusione di contratti di maternità di sostituzione, che possa sfruttarsi lo stato di bisogno di donne giovani dandosi vita ad una sorta di "cittadinanza censitaria" in cui soltanto chi dispone di elevate risorse economiche può realizzare una paternità non accessibile al resto della popolazione.

Il divieto dell'art. 10 della l. spagnola sulle tecniche di riproduzione assistita, secondo i giudici, integra, dunque, un principio di ordine pubblico internazionale. Si tratta di una legge relativamente recente, frutto di un ampio dibattito politico e sociale e che riflette una posizione risalente dell'ordinamento spagnolo di rifiuto della maternità di sostituzione per le implicazioni insite in questa pratica rispetto alla dignità umana. In sentenza si sottolinea come di ciò siano consapevoli i ricorrenti, i quali sostengono, però, che l'iscrizione nel registro dello stato civile rappresenti una conseguenza periferica del contratto, come tale non confliggente con l'ordine pubblico.

Il Tribunale supremo non ritiene di potere condividere questa impostazione qualificando l'iscrizione un effetto principale e diretto del negozio di gestazione per sostituzione, non potendosi effettuare una dissociazione tra accordo di gestazione e filiazione. La consapevolezza dell'intrinseca connessione tra contratto e filiazione ha indotto il legislatore spagnolo ad accompagnare la previsione della nullità della maternità surrogata con l'individuazione dei criteri di attribuzione della genitorialità: il parto rispetto alla maternità; l'azione di reclamo esercitabile nei confronti del padre biologico con riguardo alla paternità.

L'assoluta incompatibilità della previsione californiana con l'ordine pubblico impedisce il riconoscimento della pronuncia straniera.

Secondo i giudici, neppure la prospettiva del superiore interesse del minore può condurre ad una diversa conclusione. Il ricorso a questa clausola generale non consente, infatti, di violare norme di diritto positivo dettate proprio in vista della protezione dell'infanzia, come sono quelle contenute nella legge in materia di procreazione medicalmente assistita e nel testo Costituzionale; non consente neanche di considerare sempre e comunque prevalente il principio dell'interesse del minore rispetto ad altri beni giuridici fondamentali con riferimento ai quali deve realizzarsi una necessaria ponderazione (la dignità e l'integrità morale della donna gestante, la non commerciabilità della gestazione, la dignità del minore che non permette di identificarlo con l'oggetto di un contratto). D'altra parte, l'obiezione secondo cui la mancata iscrizione della genitorialità nel registro dello stato civile comporterebbe la condizione di orfano del nato, malgrado l'assunzione della responsabilità genitoriale effettuata mediante il consenso alla gestazione di sostituzione prestato in Paese straniero dove è ammesso il contratto (oneroso) di maternità surrogata, non può determinare l'accettazione acritica delle conseguenze di una pratica non condivisa nell'ordinamento interno. In una situazione di questo tipo, l'interprete è tenuto a trovare nel sistema, cioè nelle previsioni normative vigenti, nelle Convenzioni internazionali applicabili e nell'interpretazione che la giurisprudenza ne fa, la soluzione che consenta al minore di realizzare il suo diritto a una famiglia.

In presenza di una relazione genitoriale di fatto l'ordinamento deve prendere atto di tale vincolo e garantire il suo sviluppo e la sua protezione, facendo ricorso, ove possibile, ai diversi istituti che consen-

tono di raggiungere un simile risultato: il reclamo della paternità ad esempio, con la conseguenza che se uno dei due ricorrenti dovesse essere il padre biologico si potrebbe determinare nei suoi confronti il rapporto di filiazione; l'affidamento familiare e l'adozione che permettono la formalizzazione giuridica dell'inserimento dei minori nella compagine familiare in concreto costituita.

Secondo i giudici, nella fattispecie in esame, in attuazione della Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo e della Convenzione europea dei diritti umani, è demandato al Procuratore della Repubblica il compito di azionare le procedure più appropriate per determinare la filiazione e per realizzare la protezione dei bambini, tenendo in considerazione la loro effettiva integrazione nel nucleo familiare in cui di fatto sono già inseriti.

5. L'opinione dissenziente

La decisione del Tribunal supremo è stata assunta con cinque voti favorevoli e quattro contrari. L'opinione dissenziente si fonda sul convincimento che la soluzione giuridica avrebbe dovuto vertere intorno al riconoscimento della decisione straniera inerente lo stato di figlio dei minori e al suo recepimento nel Registro degli atti civili spagnolo e che nessuna questione avrebbe dovuto porsi rispetto alla legge applicabile, dovendosi concentrare la valutazione sul riconoscimento in Spagna di un documento autentico dell'autorità amministrativa straniera, assunto nel rispetto della legislazione ivi vigente. Sulla base di tali premesse, si sarebbe dovuta consentire l'iscrizione, in attuazione dell'art. 81 del Regolamento del Registro civile, senza necessità di controllare la conformità del provvedimento straniero al diritto spagnolo, stante la sua legittimità rispetto al diritto californiano.

L'ordine pubblico internazionale, qui coincidente con l'interesse generale dell'ordinamento alla protezione dell'infanzia sulla base di uno statuto giuridico indisponibile delineato dalla normativa interna e sovranazionale a tutela dei minori di età, non avrebbe dovuto considerarsi violato dalla suddetta iscrizione.

I giudici dissenzienti ritengono, inoltre, che non possa generalizzarsi ed esasperarsi il timore connesso a possibili forme di sfruttamento della maternità di sostituzione, specie in presenza di accordi liberi e consapevoli riguardo ai quali la garanzia del rispetto dell'interesse della prole e della dignità e autodeterminazione della donna viene assicurata dallo Stato (straniero) mediante apposite discipline. Un simile timore non tiene conto del diritto a procreare — anch'esso protetto dagli ordinamenti — e sottovaluta la capacità di scelta della donna gestante. In proposito si ricorda che al livello internazionale la tendenza è nel senso dell'attuazione di una progressiva flessibilità, funzionale all'effettiva preservazione dell'interesse del minore e dunque al riconoscimento dell'iscrizione della filiazione attestata da Autorità straniere sulla base di presupposti differenti da quelli operanti negli Stati in cui si intende fare valere la certificazione. D'altra parte, l'ordine pubblico riveste un'importanza centrale nella relazione preliminare alla Conferenza di diritto internazionale privato dell'Aja 10 marzo 2012 sui problemi derivanti dalla maternità surrogata, avente come obiettivo l'uniformazione degli accordi internazionali e l'elaborazione di una regolazione che sia rispondente al sentire sociale.

Secondo l'opinione di minoranza la verifica dell'eventuale violazione dell'ordine pubblico avrebbe dovuto essere effettuata in concreto, caso per caso, rifuggendo da soluzioni precostituite sulla base di una asserita incompatibilità prefigurata in via astratta senza considerare gli interessi effettivamente coinvolti, da ponderare, invece, in un difficile lavoro di bilanciamento.

Nella specie una valutazione attenta delle peculiarità del caso concreto, delle posizioni di tutti i soggetti interessati, del miglior interesse della prole, avrebbe dovuto condurre all'iscrizione della filiazione nel Registro civile spagnolo.

6. Autodeterminazione e status familiari

La pronuncia del Tribunal Supremo di Madrid offre l'occasione per svolgere alcune considerazioni in tema di meccanismi di imputazione del rapporto di filiazione e responsabilità genitoriale.

Una questione risalente nel nostro ordinamento verte sulla presunta indisponibilità degli status familiari, quale espressione al contempo di un principio di ordine pubblico e di un limite non superabile dell'estensione dei poteri di autonomia privata [in questo senso è emblematico il dibattito che in epoca non troppo risalente ha riguardato la (in)validità degli accordi in vista del divorzio e l'orientamento monolitico tradizionalmente assunto in proposito dalla giurisprudenza]. Una autonomia privata cui

oggi, invece, si riconosce il ruolo di fulcro delle scelte di natura esistenziale, comprese quelle inerenti allo status coniugale (si pensi, in aggiunta alle discipline in precedenza richiamate, alle misure della negoziazione assistita e alla semplificazione dei procedimenti di separazione e divorzio introdotte dalla legge 10 novembre 2014, n. 162 e ancora alla legge 6 maggio 2015, n. 55 di modifica della normativa sullo scioglimento del matrimonio in vista di una riduzione significativa dei tempi per la proposizione della relativa domanda)⁸.

In attuazione del dogma dell'intangibilità negoziale degli status familiari la relazione genitoriale, per lungo tempo, è stata incentrata sulla discendenza genetica, piuttosto che sulla, e indipendentemente dalla, assunzione di responsabilità connessa a un progetto procreativo e di cura collegato alla nascita di un bambino. Per quanto l'espandersi del sistema di protezione dell'infanzia — anche alla luce dell'emanazione di numerosi testi sovranazionali — abbia condotto gli ordinamenti ad accogliere quale principio guida in ambito di filiazione la responsabilità procreativa, tuttavia la tendenza è rimasta quella di mantenere fortemente ancorato sotto il controllo dello Stato il momento costitutivo del vincolo, relegando sullo sfondo, e talvolta ignorando, il ruolo dell'autodeterminazione rispetto al processo procreativo.

La vicenda di cui si è occupato il Tribunale supremo di Madrid rappresenta un esempio di questa contrapposizione e delle aporie di un sistema che nel professare la tutela forte dei diritti fondamentali della persona si irrigidisce di fronte a talune pratiche, al punto da sottovalutare, o non adeguatamente considerare, altri interessi pure meritevoli di protezione perché parimenti espressivi di principi fondanti della convivenza civile quali sono, ad esempio, l'interesse ad avere una famiglia e al mantenimento delle relazioni affettive di fatto, la cui soglia di tutela dipende dal punto di bilanciamento di volta in volta raggiunto.

Una conferma in tal senso è indirettamente data dall'esigua maggioranza con cui è stata adottata la decisione, indice dell'emersione di una nuova sensibilità non contrastante, tuttavia, con i valori che fungono da tessuto connettivo della comunità sociale. La prospettiva interpretativa abbracciata dai giudici di minoranza è nel senso di lasciare ai margini la valutazione della maternità di gestazione, ritenuta irrilevante ai fini del recepimento dell'atto dell'Autorità straniera in presenza di tutti i presupposti fissati dalle norme di diritto internazionale privato, e di muoversi nella direzione della promozione ed attuazione del superiore interesse della prole, fatto coincidere con il mantenimento della stabilità affettiva con i genitori sociali⁹.

L'attenzione del Tribunal supremo si è focalizzata sui limiti opponibili al recepimento del provvedimento straniero, coincidenti con il rispetto della dignità, quale parametro di valutazione della liceità e ammissibilità di atti, pratiche e relazioni. Ed è proprio facendo leva su tale valore che viene giudicata legittima l'azione della Procura volta ad impedire l'iscrizione della filiazione a favore dei genitori sociali. Per giungere a questa conclusione i giudici devono necessariamente elevare il divieto di maternità di sostituzione fissato dalla legge spagnola in materia di procreazione medicalmente assistita a principio di ordine pubblico non già soltanto interno ma anche internazionale, ostativo al riconoscimento

8 In base alle modifiche apportate dall'art. 1 della l. 55/2015, *Disposizioni in materia di scioglimento del matrimonio* o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione tra i coniugi, in vigore dal 26 maggio 2015, per la proposizione della domanda di divorzio le separazioni devono essersi protratte ininterrottamente da almeno dodici mesi dall'avvenuta comparizione dei coniugi innanzi al presidente del tribunale nella procedura di separazione personale e da sei mesi nel caso di separazione consensuale, anche quando il giudizio contenzioso si sia trasformato in consensuale, ovvero dalla data certificata nell'accordo di separazione raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita da un avvocato o ancora dalla data dell'atto contenente l'accordo di separazione concluso innanzi all'ufficiale dello stato civile. L'eventuale interruzione della separazione deve essere eccepita dalla parte convenuta.

9 D'altra parte, non è la prima volta che il ricorso al principio di ordine pubblico attenuato consente di mantenere fermo il rifiuto rispetto ad atti o pratiche ritenute contrarie all'impianto dell'ordinamento interno, salvandone, però, sotto alcuni profili gli effetti conseguenti, in funzione della reale protezione dei soggetti coinvolti e segnatamente di coloro che scontano una posizione di maggiore fragilità. Così è accaduto con riguardo alla poligamia e alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologa. In Europa nel rispetto del principio monogamico mai messo in discussione sono stati salvaguardati i diritti successori e alimentari delle altre mogli e la loro tutela previdenziale; è stato ammesso il risarcimento del danno da morte del congiunto; è stato, altresì, consentito il ricongiungimento familiare in funzione della preservazione del diritto del minore ad intrattenere regolari rapporti con ambedue le figure genitoriali.

Relativamente a quest'ultimo aspetto nella giurisprudenza interna v. Corte d'appello di Torino, decreto del 18 aprile 2001, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2001, p. 1492 ss.; Tribunale di Bologna, ordinanza del 12 marzo 2003, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2004, 3, p. 775 ss.; diversamente di recente Corte di cassazione, ordinanza del 28 febbraio 2013, n. 4984, in *Foro italiano*, 2013, I, c. 2519 ss.

In dottrina cfr. R. Clerici, *Le norme di diritto internazionale privato in materia di famiglia*, in *Famiglia e matrimonio*, a cura di T. Auletta, I, nel *Trattato di diritto privato*, dir. da M. Bessone, IV – *Il diritto di famiglia*, Torino, 2010, p. 117 ss., spec. p. 142 ss.; K. Rhazzali, M. Equizi, *I musulmani e i loro luoghi di culto*, in *Le religioni nell'Italia che cambia. Mappe e bussole*, E. Pace (a cura di), Roma, Caracci editore, 2013, p. 47 ss., spec. p. 72.

dell'attribuzione della genitorialità in capo alla coppia che intende assumere il ruolo di genitore sociale. Una impossibilità che riguarda qualsiasi coppia, sia essa etero che omosessuale, giacché attiene alla non compatibilità della gestazione surrogata con norme cogenti dell'ordinamento giuridico. In questa prospettiva neppure il criterio della responsabilità genitoriale, condiviso al livello sovranazionale, è in grado di condurre ad una diversa conseguenza, in ragione della marginalità del riconoscimento della validità di questa pratica procreativa negli ordinamenti europei. L'elemento volontaristico da solo non è considerato idoneo a fondare la nascita del vincolo di filiazione, tranne che in questa direzione si determini l'ordinamento giuridico interno attraverso specifici istituti di tutela dell'infanzia, sottoposti ad una analitica disciplina e procedura (l'adozione, ad esempio).

Il ragionamento del Tribunal supremo di Madrid, volto al ripudio di una pratica giudicata potenzialmente lesiva della dignità della persona e suscettibile di immettere sul mercato rapporti il cui fondamento dovrebbe risiedere esclusivamente nella solidarietà sociale, nella misura in cui relega in secondo piano i dati fattuali e l'effettivo impatto che l'iscrizione nel Registro dello stato civile avrebbe nell'esistenza dei minori, dei loro genitori e al livello sociale, finisce per dare vita a una soluzione non in linea con i principi fondanti più volte evocati nella pronuncia.

In concreto la scelta di valutare la liceità dell'atto (cioè l'antecedente fattuale), piuttosto che la sostenibilità, nel caso di specie, del risultato che il riconoscimento del provvedimento straniero determina, ossia l'attribuzione della filiazione (legittimamente instaurata all'estero sulla base della normativa ivi applicabile) a favore dei genitori sociali, conduce ad un esito non compatibile con l'insieme dei principi fondamentali in materia di filiazione, espressione dell'acquisizione di una coscienza giuridica, etica e sociale che riflette la condivisione oltre i confini nazionali degli approdi interpretativi in tema di diritti personalissimi, in presenza di una situazione di fatto incontrovertibile e non contestata da nessuna pretesa altrui, giacché la madre naturale nella fattispecie in esame aveva espressamente rinunciato a ogni diritto-dovere parentale nei confronti della prole.

Della rilevanza del legame effettivamente sussistente tra i genitori sociali e i bambini nati in seguito alla maternità di sostituzione sono consapevoli i giudici che, infatti, contraddittoriamente auspicano il mantenimento del rapporto familiare, sollecitando l'attivazione di ogni strumento giuridico interno utile per giungere a tale risultato. In sostanza, la conservazione dello status familiare di fatto instaurato dovrà realizzarsi non per effetto della certificazione straniera del rapporto di filiazione, ma attraverso altri strumenti/istituti da rintracciare nel sistema, che consentano di non sradicare il nucleo affettivo costituitosi sin dalla nascita dei bambini.

7. Il riesame della questione da parte del Tribunal supremo di Madrid alla luce delle pronunce 26 giugno 2014 della Corte Edu *Mennesson v. Francia e Labassee v. Francia*

Il Tribunal supremo di Madrid è stato nuovamente chiamato ad esprimersi in merito alla vicenda definita con la pronuncia 6 febbraio 2014 n. 835/2013, nell'ambito di un giudizio di "*incidente de nulidad de actuaciones*", avviato dai genitori al fine di verificare se la soluzione adottata dal supremo Consesso avesse violato diritti fondamentali, e segnatamente il diritto al rispetto della vita privata e il diritto all'identità personale del minore, alla luce dei recenti approdi interpretativi della Corte Edu¹⁰.

Anche in questa seconda decisione i giudici spagnoli ritengono legittima la conclusione di non trascrivere l'atto di nascita, fondando tale determinazione su argomenti parzialmente differenti da quelli sviluppati nel precedente arresto giurisprudenziale.

La legittimità della soluzione finale viene rinvenuta nella sussistenza all'interno dell'ordinamento spagnolo di meccanismi di tutela dei rapporti parentali, anche di fatto; meccanismi idonei ad impedire la violazione del diritto alla vita privata dei minori, protetto dall'art. 8 della Convenzione Edu, e a dif-

10 Tribunal Supremo di Madrid, Sala de lo Civil, 2.2.2015, rec. 245/2012, consultabile in *Europeanrights.eu*, *www.europeanrights.eu*. La pronuncia ripercorre il ragionamento seguito dalla medesima Autorità giudiziaria nella decisione del 6.2.2014, n. 835/2013 per verificarne la sua non contrarietà ai principi espressi dalla Corte Edu nei casi *Mennesson v. Francia* e *Labassee v. Francia*.

In tema di maternità di sostituzione cfr. pure Conseil état, 4 mai 2011, n. 348778, in *Recueil Dalloz*, 26.5.2011, n. 20, 1347 che permette il rilascio di un documento che consenta alle bambine di entrare in Francia con il padre biologico, pur nella ribadita illiceità dell'accordo di maternità e Cour de Cassation, 17.12.2008, in *Gazette du Palais*, 31 décembre 2008-3 janvier 2009, che invece conferma la pronuncia di merito di annullamento della trascrizione dell'atto di nascita di un bambino nato in California attraverso sostituzione di maternità.

ferenziare la posizione dell'ordinamento spagnolo da quella del sistema francese, oggetto di censura da parte della Corte europea¹¹. Nelle sentenze del 26 giugno 2014 i giudici di Strasburgo avevano considerato il rigetto della trascrizione degli atti di nascita e di notorietà e il conseguente mancato riconoscimento del rapporto genitoriale con il padre biologico lesivi della vita privata e familiare dei minori, dal momento che la consacrazione del legame di filiazione per mezzo del riconoscimento di paternità o dell'adozione non sarebbe potuta avvenire in Francia, stante l'orientamento proibitivo seguito dalla giurisprudenza domestica, la quale in presenza di accordi di maternità di sostituzione non ammette l'azionabilità di nessun istituto interno diretto all'instaurazione del rapporto genitoriale.

Nella prospettiva interpretativa seguita dai giudici europei il rifiuto di riconoscere dentro l'ordinamento nazionale i legami affettivi instaurati in concreto costituisce un'interferenza ingiustificata nella vita privata e familiare del minore, alla luce del suo preminente interesse, specie nei casi in cui il rapporto di filiazione sia il risultato di pratiche e atti validamente compiuti in paesi stranieri e sia rintracciabile un legame genetico con il nato. Il margine di apprezzamento del singolo ordinamento, infatti, diminuisce notevolmente quando vengono in rilievo questioni inerenti alla genitorialità che attengono all'intimo profilo dell'identità personale.

Un'analoga violazione è stata, invece, esclusa con riferimento alla coppia genitoriale in quanto si è considerata legittima l'ingerenza dello Stato perché funzionale tanto alla preservazione di taluni valori protetti dall'ordinamento, quanto alla finalità di scoraggiare il ricorso a metodi procreativi vietati nel territorio nazionale.

In Spagna il divieto di maternità di sostituzione sulla base delle regole del codice civile non travolge la possibilità di procedere al reclamo della paternità rispetto al genitore (biologicamente legato al nato) che è ricorso alla maternità di gestazione (cfr. art. 10.3 l. 14/2006), ed è pure ammessa l'adozione dei figli del partner (artt. 176.2 e 177.2 cod. civ.)¹²; in questo modo — secondo il Tribunale supremo si attua un equilibrato bilanciamento tra la tutela dei minori e l'interesse generale dell'ordinamento, di cui sono espressione i divieti posti dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita.

Anche questa sentenza non ha ottenuto il consenso unanime del Collegio.

Le opinioni dissenzienti espresse nella relazione di minoranza mirano ad evidenziare come la soluzione del caso concreto avrebbe dovuto esigere una applicazione più coerente dei principi in materia di tutela dei minori ed in particolare una valutazione della loro posizione concreta — i bambini erano già inseriti in un contesto familiare, economico e sociale — che prescindesse dalla considerazione in termini di nullità del contratto di gestazione.

Secondo questa opinione la soluzione adottata dalla maggioranza non è giunta a una corretta ponderazione degli interessi in conflitto, sia perché non ha offerto una risposta immediata in termini di protezione alla situazione fattuale reale, sia perché ha preso in esame esclusivamente i diritti fondamentali dei bambini, senza considerare che nella relazione genitoriale l'interesse del padre non può essere dissociato da quello del figlio. L'impostazione seguita dalla maggioranza del Collegio, trasformando l'eccezione di ordine pubblico in una questione puramente formale e determinando uno slittamento in avanti dell'incardinarsi del rapporto di filiazione, in concreto incide sulla stabilità dello status familiare, anziché risolvere tale questione immediatamente e definitivamente, senza peraltro che una soluzione tempestiva potesse essere in alcun modo di pregiudizio per l'ordinamento giuridico spagnolo.

È appena il caso di ricordare che si tratta di un ordinamento che non solo ammette il matrimonio tra persone dello stesso sesso e la procreazione con gameti di donatori, ma che consente pure l'adozione di un minore di età ad opera della coppia omosessuale e del singolo. Un sistema giuridico che, dunque, declina al plurale gli elementi fondativi del rapporto di filiazione e le forme familiari.

11 Corte Edu, quinta sezione, 26 giugno 2014, ric. n. 65192/11, *Menesson v. Francia*, e Corte Edu, Quinta sezione, 26 giugno 2014, ric. n. 65941/11, *Labassee v. Francia*. Le fattispecie riguardavano casi di maternità di sostituzione in cui la donna gestante aveva avuto impiantato il seme del coniuge della coppia che intendeva assumere la genitorialità sociale e l'ovulo di una donatrice, nel rispetto delle previsioni vigenti nel paese straniero.

Tra i primi commenti alle decisioni della Corte Edu e alle loro ricadute nell'ordinamento interno v. C. Campiglio, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da padre surrogata (ovvero la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, I, 1132 ss.; A. Vesto, *La maternità surrogata: Cassazione e Cedu a confronto*, in *Famiglia e diritto*, 3/2015, pag. 306 e ss.; G. Casaburi, in *Foro italiano*, 2014, IV, c. 561 ss. V. anche M.C. Venuti, *Coppie sterili o infertili e coppie «same-sex». La genitorialità negata come problema giuridico*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2015, p. 259 ss., spec. p. 281 s.; M. Di Masi, *Maternità surrogata: dal contratto allo status*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2014, pag. 615 e ss.

12 La normativa spagnola, a differenza di quella italiana che nulla dice in tema di status del nato, individua con precisione le conseguenze discendenti dall'attuazione della pratica di maternità di sostituzione rispetto alla prole. L'imputazione dei diritti materni avviene in base al criterio del parto (v. art. 10).

8. La casistica italiana

La questione della trascrivibilità del certificato di nascita rilasciato all'estero nei confronti della coppia eterosessuale coniugata o della coppia omosessuale è stata affrontata anche dai nostri giudici¹³.

In Italia si sono registrate pronunce volte a negare la trascrizione in ragione della illiceità della pratica della maternità di sostituzione e dunque del non superamento del vaglio dell'ordine pubblico.

La riprovazione dell'ordinamento interno rispetto all'atto finisce così per avere delle ricadute dirette e dirompenti sulla posizione del nato (e dei genitori), giacché l'attenzione e la verifica della compatibilità vengono focalizzate non tanto sugli effetti che in concreto si producono, quanto sull'atto stesso. In realtà, la valutazione della compatibilità degli effetti della fattispecie straniera dovrebbe essere fatta con riferimento ai principi fondamentali e indefettibili dell'ordinamento interno e, dunque, per quel che qui interessa, al sistema che presiede oggi alla configurazione dei rapporti parentali e all'attribuzione della genitorialità, anche alla luce della recente riforma sulla filiazione, oltre che, naturalmente, dei diritti fondamentali della persona, non già — come generalmente accade — in relazione alla singola norma (nella specie il divieto di maternità surrogata).

La questione involge temi che meriterebbero un puntuale approfondimento, che in questa sede non è possibile fare, in ordine alla tenuta del principio di indisponibilità degli status, alla portata del limite dell'ordine pubblico e delle regole di diritto internazionale, e segnatamente degli artt. 16 e 64 ss. l. 31 maggio 1995, n. 218, all'attuale ruolo svolto dal criterio biologico e alla rilevanza ed efficacia assunta dal parametro della volontà responsabile in ambito procreativo (sul punto v. retro § 6)¹⁴.

Ci si limita qui ad evidenziare come oggi sia un risultato acquisito in sede interpretativa che la scelta di diventare genitori è espressione della libertà di autodeterminazione concernente la sfera privata e familiare, protetta al livello costituzionale innanzitutto dagli artt. 2, 3 e 31. L'esercizio di tale libertà può subire limitazioni soltanto se confliggente con interessi di pari rango non altrimenti tutelabili.

È altresì diffuso nel diritto vivente che la preservazione dei rapporti del minore con le persone che assumono il ruolo genitoriale nei suoi confronti costituisca un suo diritto fondamentale¹⁵, con la conseguenza che il venir meno di questi rapporti può ammettersi esclusivamente quando la prosecuzione della relazione risulti pregiudizievole per lo sviluppo armonico della sua personalità; in altri termini

13 Le questioni hanno riguardato sia casi di procreazione medicalmente assistita (fecondazione eterologa e maternità di sostituzione), sia ipotesi di adozione: cfr. Cassazione, sentenza del 11 novembre 2014, n. 24001, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, pag. 235 e ss., in particolare punto 3.1, con nota di C. Benanti; Corte d'appello di Brescia, sez. spec. minorenni, decisione del 17 gennaio 2013, cit.; Tribunale dei minori di Brescia, decisione del 14 agosto 2012, cit.; Tribunale di Forlì, decisione del 25.10.2011, in *DeJure*, che in presenza di maternità di sostituzione ammette la trascrizione del certificato di nascita soltanto con riguardo al padre in quanto geneticamente legato ai bambini, mentre lo nega alla moglie. In senso positivo all'accoglimento della richiesta di trascrizione Corte d'appello di Bari, sentenza del 13 febbraio 2009, in *Famiglia e minori*, 5/2009, 50, con nota di M. Castellaneta; Tribunale dei Minori di Roma, sentenza del 30 luglio 2014, in *Altalex*, www.altalex.com; Corte d'appello di Torino, decreto del 29 ottobre-4 dicembre 2014, in *Articolo29*, www.articolo29.it; Tribunale di Napoli, decisione del 14 luglio 2011, in *Foro italiano*, 2012, 12, I, 3349; Tribunale di Napoli, decisione del 1 luglio 2011, in *Giurisprudenza di merito*, 2011, 2695.

Sembra opportuno ricordare che il Tribunale per i minorenni di Bologna ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 della legge in materia di adozione con riferimento agli artt. 2, 3, 30, 117 Cost. in relazione all'art. 8 Cedu nella parte in cui — come interpretati secondo il diritto vivente — non consentono al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore adottato, il riconoscimento della maternità straniera che abbia pronunciato la sua adozione in favore del coniuge del genitore, a prescindere dal fatto che il matrimonio abbia prodotto effetti in Italia (nella specie si trattava di matrimonio *same-sex*): Tribunale dei Minori di Bologna, ordinanza del 10.11.2014, in *Articolo29* www.articolo29.it, con nota di M. Gattuso.

14 La Corte costituzionale ha avuto modo di sottolineare come la scelta di formare una famiglia e di diventare genitori anche ricorrendo alle tecniche di procreazione medicalmente assistita sia "espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che (...) è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare". Limitazioni e impedimenti al suo esercizio possono giustificarsi esclusivamente quando non sia possibile "tutelare altrimenti interessi di pari rango". Con la conseguenza che ove non siano vulnerati altri valori di rango costituzionale, la "determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile": Corte costituzionale, 9 aprile 10 giugno 2014, n. 162, punto 6, in *G.U.*, 18 giugno 2014, n. 26, 1^a s.s.

15 Di recente nel senso della rilevanza dei legami sociali e della progressiva perdita del ruolo primario del legame biologico si è espresso il Tribunale di Roma, (ordinanza del 22 aprile 2015, in *Diritto civile contemporaneo*, www.diritto civile contemporaneo.com), in un caso riguardante la sostituzione di un embrione nell'ambito di una procedura di fecondazione assistita.

L'importanza del rapporto di fatto nella valutazione del superiore interesse del minore, più volte affermata dalla Corte Edu, viene nuovamente ribadita nella pronuncia del 27 gennaio 2015, ric. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c Italia*, reperibile in questa *Rivista*, 2015, 1, p. 315.

quando il mantenimento della frequentazione del genitore con il figlio leda la salute psico-fisica del bambino.

A partire da simili premesse devono valutarsi i casi, frequenti anche in Italia, in cui in ragione dell'assenza di un dato normativo (una disciplina di garanzia delle famiglie omosessuali) ovvero della sua presenza nella direzione di un diniego [impossibilità per taluni soggetti (single, conviventi, coppie omosessuali) di ricorrere all'adozione o a determinate tecniche di procreazione medicalmente assistita], l'ordinamento possa legittimamente negare la sopravvivenza della relazione affettiva in concreto instaurata, anche respingendo gli effetti di atti compiuti all'estero nel rispetto delle regole ivi vigenti ma non condivise dallo Stato di appartenenza del nucleo affettivo.

La difficoltà dell'individuazione della "scelta giusta" è attestata dalla disomogeneità delle soluzioni apprestate dalla giurisprudenza, che riflettono le aporie che il sistema presenta. Se fino a non molto tempo addietro il rifiuto rispetto alla trascrizione dei certificati di nascita (e pure dei certificati del matrimonio celebrato dalla coppia *same-sex* all'estero) rappresentava una risposta unanime in sede applicativa, la tendenza odierna va nel senso di trovare una via che consenta di non cancellare il vissuto delle persone. Ed in questo solco si insinua una (non nitida dal punto di vista argomentativo) pronuncia della Corte costituzionale, apparentemente lontana per materia dall'oggetto della presente trattazione, ma in realtà intrinsecamente connessa con il tema in esame. Ci si riferisce alla sentenza 170/2014 sul c.d. divorzio imposto del transessuale con la quale si ritiene inammissibile la caducazione del vissuto coniugale degli sposi senza che tale vissuto possa essere, seppure in forma diversa dal matrimonio, recuperato e mantenuto¹⁶; pronuncia cui fa seguito la decisione della Corte di Cassazione di tenere fermo il vincolo coniugale fino a quando non verrà emanata una legge sulle unioni civili omosessuali¹⁷.

All'esito di entrambi gli interventi giurisprudenziali, nel nostro ordinamento è presente ed efficace un matrimonio, nato nel rispetto del requisito dell'eterosessualità degli sposi, divenuto tra persone dello stesso sesso. La soluzione finale, rispettosa dei valori fondanti di matrice costituzionale, ad una lettura formalistica e non duttile delle singole norme appare contraddire il principio guida in ambito matrimoniale, tutt'oggi invocato e proclamato, coincidente con la struttura eterosessuale del matrimonio¹⁸.

Una osservazione più ponderata della fattispecie svela, invece, come attraverso quel percorso interpretativo non si sia inteso scardinare l'istituto del matrimonio e consentirne l'accesso alle coppie omosessuali, ma si sia voluto offrire adeguata protezione ad una situazione esistente espressiva dell'esercizio di diritti e libertà fondamentali (all'identità, alla salute, alla vita privata e familiare). L'attenzione si è, così, focalizzata sulla sostenibilità degli effetti, piuttosto che sulla riprovazione dello schema negoziale di riferimento, in astratto configurabile.

La medesima finalità ha orientato quelle pronunce che in tema di genitorialità (sociale) hanno preferito valorizzare il rapporto piuttosto che negarne l'esistenza.

16 Corte costituzionale, sentenza del 11 giugno 2014, n. 170, in G.U., 18 giugno 2014, n. 26, 1 s.s. Tra i primi commenti cfr.: L. Bozzi, *Mutamento di sesso di uno dei coniugi e "divorzio imposto": diritto all'identità di genere vs paradigma della eterosessualità del matrimonio*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, parte seconda, pag. 233 e ss.; G. Palmeri, M.C. Venuti, *L'inedita categoria delle unioni affettive con vissuto giuridico matrimoniale. Riflessioni critiche a margine della sentenza della Corte costituzionale 11 giugno 2014, n. 170 in materia di divorzio del transessuale*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, II, p. 553 ss.; A. Ruggeri, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità. A proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi secondo Corte cost. n. 170 del 2014*, in *Consulta online* www.giurcost.org, 2014; T. Auletta, *Mutamento di genere e disciplina del rapporto di coppia*, in *Corriere giuridico*, 2014, p. 1041 ss.; L. Bozzi, *Mutamento di sesso di uno dei coniugi e «divorzio imposto»: diritto all'identità di genere vs paradigma della eterosessualità del matrimonio*, in questa *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, II, p. 233 ss.; V. Barba, *Artificialità del matrimonio e vincoli costituzionali: il caso del matrimonio omosessuale*, nota a Corte cost. 11 giugno 2014, n. 170, in *Famiglia e diritto*, 2014, p. 865 ss.; S. Patti, *Il divorzio della persona transessuale: una sentenza di accoglimento che non risolve il problema*, nota a Corte cost. 11 giugno 2014, n. 170, in *Foro italiano*, 2014, I, c. 2685; Romboli, *La legittimità costituzionale del «divorzio imposto»: quando la corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, nota a Corte cost. 11 giugno 2014, n. 170, in *Foro italiano*, 2014, I, c. 2680; F. Romeo, G. Palmeri, Di Maria, ... oltre l'ultima isola. Brevi riflessioni alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 170 del 11 giugno 2014, in F. Romeo (a cura di), *Le relazioni affettive non matrimoniali*, Torino, 2014, p. 747 ss.

17 Corte di cassazione, sentenza del 21 aprile 2015, n. 8097 in www.dejure.it.

18 Merita di essere richiamata in questa sede anche la decisione con la quale, in attuazione dei diritti fondamentali della persona alla salute e all'identità personale, la Corte di Cassazione ha ritenuto che possa procedersi al cambiamento del nome in assenza della modifica dei caratteri sessuali primari quando sia accertata la nuova identità di genere del richiedente: Corte di cassazione, sentenza del 20 luglio 2015, n. 15138, in *Articolo29*, www.articolo29.it.

Occorre, inoltre, ricordare in questa sede che è stato sollevato incidente di costituzionalità dell'art. 1, 1° comma, l. n. 164 del 1982 con riferimento agli artt. 2, 3 32 e 117 Cost. nella parte in cui subordina la rettificazione di attribuzione di sesso alla intervenuta modificazione chirurgica dei caratteri sessuali (primari): Tribunale di Trento, ordinanza del 9 ottobre 2014, in *Articolo29*, www.articolo29.it. La Consulta con sentenza del 5 novembre 2015, in *Articolo29*, www.articolo29.it, ha quindi messo fine alla vicenda stabilendo che la legge non impone la detta modificazione chirurgica.

Sono stati, così, considerati efficaci in Italia due *parental orders* con i quali è stata attribuita la maternità alla madre sociale, in esito ad un procedimento di gestazione di sostituzione effettuato in Gran Bretagna¹⁹. Nell'articolata motivazione si sottolinea come la valutazione della compatibilità del provvedimento straniero alla luce del filtro dell'ordine pubblico internazionale debba "farsi carico degli effetti che 'in concreto', e non già 'in astratto', spiegherebbero, nel nostro ordinamento, i due provvedimenti stranieri (...) valutati, comparativamente, con gli effetti derivanti dal rigetto della domanda attorea"²⁰.

I giudici ritengono che la nozione di ordine pubblico internazionale — più ristretta di quella di ordine pubblico interno — non possa considerarsi coincidente con le norme cogenti del sistema nazionale, essendo diretta, invece, alla garanzia dei diritti umani fondamentali e dei valori fondanti dell'assetto ordinamentale; garanzia rispettata dalle tecniche di procreazione medicalmente assistita, compresa la maternità di sostituzione, ammesse in svariati Stati europei.

Nel superiore interesse del minore si giunge, quindi, al riconoscimento delle decisioni straniere.

In un'altra vicenda si è consentita l'adozione della figlia della propria convivente alla partner di una unione omo-affettiva facendo leva sulla previsione dell'art. 44, comma 1, lett. d) della l. 184/1983 per non "negare" alla bambina i vantaggi che derivano dal rapporto genitoriale²¹. Il Tribunale per i minorenni sottolinea come nella fattispecie considerata non si trattava di concedere un nuovo diritto ma di dare copertura giuridica a una situazione di fatto già esistente.

In un altro caso è stata ordinata la trascrizione nei registri dello stato civile dell'atto di nascita di un bambino nato in Spagna mediante fecondazione eterologa in conseguenza del progetto procreativo comune intrapreso nel corso del matrimonio da una coppia di donne, di cui una italiana. In occasione della fecondazione una donna aveva donato gli ovuli, l'altra aveva, invece, portato avanti la gravidanza. L'unione affettiva era poi venuta meno e in sede di divorzio la responsabilità genitoriale era stata affidata ad ambedue le donne, individuate nell'atto di nascita come madre A (la madre gestante) e madre B (la madre genetica). La Corte d'Appello, partendo dalla premessa che compito del Giudice è "rendere effettivi con la giurisdizione i diritti previsti dalla legge", giunge alla conclusione che nel caso in esame "non può affermarsi (...) che costituisca il miglior interesse del minore privarlo di un legame attraverso il quale si esprime il diritto al proprio status di figlio"²².

In ragione della solidità della relazione affettiva e al fine di non interrompere i rapporti dei minori con la madre sociale, mediante una lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata degli artt. 337 bis e 337 ter cod. civ., si è elaborato un articolato calendario di incontri tra i bambini e la ex convivente della madre genetica²³. Da ultimo, la Corte d'Appello innanzi alla quale è stato impugnato il decreto del Tribunale ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 337 ter cod. civ. nella parte in cui non consente al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore mantenere significativi rapporti con il proprio genitore sociale, ex partner del genitore biologico²⁴.

Preme qui rilevare che pure quando non si è proceduto alla trascrizione dei certificati di nascita formati all'estero, in sede applicativa si è comunque tendenzialmente esclusa la configurabilità del reato di alterazione di stato o attenuata l'incisività della relativa sanzione²⁵. In seguito alle pronunce della Corte

19 Corte d'appello di Bari, sentenza del 13 febbraio 2009, cit., con nota di M.C. Baruffi, *Maternità surrogata e questioni di status nella giurisprudenza italiana e europea*, in *Int'lis*, 1/2010, pag. 20 e ss.

20 Corte d'appello di Bari, sentenza del 13 febbraio 2009, cit., 253.

21 Tribunale dei Minori di Roma, sentenza del 30 luglio 2014, in *Articolo29*, www.articolo29.it e in *Foro italiano*, 2014, I, c. 2743 ss., con nota di G. Casaburi.

22 Corte d'appello di Torino, decreto del 29 ottobre-4 dicembre 2014, cit. Tra i primi commenti alla decisione: G. Palmeri, *Riflessioni a margine della pronuncia della Corte di appello di Torino 4 dicembre 2014 in tema di trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero in seguito a pma*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, II, pag. 241 e ss.; M. Gattuso, *Minore nato da due donne in Spagna: l'atto di nascita può essere trascritto in Italia*, in *Articolo29*, www.articolo29.it.; S. Rossi, *Trascrivibile l'atto di nascita straniero del figlio di due donne*, in *Personaedanno*, www.personaedanno.it; S. Celentano, *La trascrizione in Italia dell'atto di nascita del figlio di coppia omosessuale*, in *Questionegiustizia*, www.questionegiustizia.it.

23 Tribunale di Palermo, decreto del 13 aprile 2015, in *Articolo29*, www.articolo29.it, con nota critica di G. Casaburi, *Luci ed ombre di un recente provvedimento del Tribunale di Palermo*.

24 Corte d'appello di Palermo, ordinanza del 31 agosto 2015, in *Articolo29*, www.articolo29.it.

25 Così Tribunale di Varese, sentenza 8 ottobre-7 novembre 2014, in *Foro italiano*, 2015, II, c. 54 ss., secondo cui deve ritenersi coerente "con il paradigma interpretativo prescelto affermare che l'attestazione della qualità di genitore innanzi al pubblico ufficiale rilasciata dagli agenti non ha comportato alcun nocumento per il bene giuridico tutelato dalla norma penale (veridicità della dichiarazione) in un sistema giuridico come quello attuale in cui è divenuto sostanzialmente ininfluenza — secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani — il metodo di concepimento della prole quale presupposto per il riconoscimento della maternità e paternità, attesa al contempo l'inerzia del legislatore nazionale che non ha previsto, né imposto

costituzionale dirette ad escludere l'automatica applicabilità della pena accessoria della decadenza dalla responsabilità genitoriale conseguente alla commissione dei delitti di alterazione o di soppressione di stato (art. 569 cod. pen.)²⁶, compete, infatti, al giudice la valutazione in concreto dell'interesse del minore nelle singole fattispecie considerate; il che dimostra come sia necessario giudicare la relazione genitorifigli tenendo in considerazione il suo specifico atteggiarsi e rifuggendo dall'assunzione di criteri astratti, posti in modo aprioristico e perentorio a parametro di apprezzamento. La dignità della persona non può essere intesa in modo ideale e assoluto, giacché la sua valutazione deve necessariamente essere effettuata a partire dalla dimensione esistenziale e relazionale del soggetto²⁷.

9. Ordine pubblico internazionale e dignità umana

Le implicazioni etiche inevitabilmente connesse alle vicende che riguardano la persona, ed in particolare ai momenti inerenti alla fase iniziale e finale della vita, devono essere ponderate dall'interprete nella soluzione delle molteplici questioni interpretative che nella quotidianità dello svolgimento dell'esistenza umana si presentano alla sua attenzione. Tuttavia, proprio con riguardo all'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali il criterio-guida che deve orientare è rappresentato dal diritto all'autodeterminazione, non potendosi delineare una sorta di Etica di Stato da imporre ai singoli in forza dell'asserita prevalenza di interessi superiori. In presenza, poi, di fattispecie in cui l'esercizio di tali diritti e libertà si riflette nella sfera giuridica di un soggetto terzo, qual è il minore, il bilanciamento deve avvenire tenendo conto dei reali interessi in gioco al fine di giungere ad una soluzione che rifletta nel modo più compiuto l'insieme dei valori e dei principi considerati fondanti per la convivenza civile; il bilanciamento deve cioè avvenire prendendo in considerazione i valori essenziali non in via astratta, innanzitutto la dignità, ma contestualizzandoli nelle relazioni in cui essi emergono e richiedono riconoscimento e tutela.

Ciò significa che il ricorso alla dignità non può fungere da giustificazione per decisioni e scelte dell'ordinamento che, di fatto, mortificano la persona e la dimensione relazionale in cui è inserita.

Nella fattispecie esaminata dal Tribunal Supremo di Madrid il richiamo alla dignità (della donna, del bambino), indispensabile nella determinazione interna di vietare la gestazione di sostituzione in attuazione di una politica del diritto rimessa alla valutazione del legislatore, risulta forzato in quanto volto ad ammantare di legittimità il diniego del recepimento della certificazione straniera dello status di filiazione, un diniego che in concreto finisce per compromettere una situazione familiare armoniosa, non conflittuale né patologica, e soprattutto non in contrasto con i modelli ammessi dallo stesso ordinamento spagnolo, dove come è noto è consentito il matrimonio tra persone dello stesso sesso, è

che le parti interessate si esprimano in merito alle tecniche cui hanno fatto ricorso per la fecondazione al fine di ponderare almeno la posizione del genitore naturale". Il Tribunale esclude l'antigiuridicità del fatto, trasmodando da falso punibile a falso innocuo la dichiarazione resa dai genitori all'ufficiale di stato civile in ordine al rapporto di filiazione conseguente ad una pratica di maternità di sostituzione effettuata all'estero. Dopo avere esaminato la giurisprudenza nazionale e quella della Corte Edu, i giudici pervengono alla conclusione che "la dichiarazione resa dalla coppia committente, di trascrizione dell'atto di nascita sul presupposto della loro genitorialità, pur non conforme al vero, «è divenuta assolutamente inidonea a vulnerare l'interesse legalmente tutelato, posto a presidio della veridicità dell'attestazione»".

V. pure Tribunale penale di Milano, 13 gennaio 2014, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it che giunge ad una declaratoria di improcedibilità. In senso inverso, con conseguente condanna dei genitori, Tribunale di Milano, ufficio GIP, 8 aprile 2014, *ivi*.

26 Corte costituzionale, sentenza del 23 febbraio 2012, n. 31, in G.U., 29 febbraio 2012, n. 9, 1 ss. e Corte costituzionale, sentenza del 23 gennaio 2013, n. 7, in G.U., 30 gennaio 2013, n. 5, 1 ss. In dottrina v. M.C. Venuti, *Coppie sterili o infertili e coppie «same-sex»*. La genitorialità negata come problema giuridico, *cit.*, spec. p. 269. Per un commento alla pronuncia della Corte Costituzionale 31/2012 cfr. A. Tesauro, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: "giocando con le regole" a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, pag. 4909 e ss.

27 Con riguardo ai temi eticamente sensibili e alle questioni legate allo sviluppo delle biotecnologie è, allora, da condividere l'opinione di chi reputa illusoria la pretesa di fornire "una soluzione universale a partire da una lettura assolutizzante della dignità umana come fondamento ontologico pre-esistente (...), dal momento che la dimensione relazionale dell'essere umano non può essere rimossa, né considerata marginale o provvisoria": F. Scamardella, *La dimensione relazionale come fondamento della dignità umana*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2/2013, pag. 315.

riconosciuta la convivenza di fatto ed è ammessa la procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, ossia con materiale genetico di soggetti terzi rispetto alla coppia²⁸.

Malgrado ciò, è prevalsa una valutazione meramente astratta, scollata dalla peculiarità del caso concreto, a discapito della continuità affettiva dei due bambini nati dalla gestazione di sostituzione con i genitori sociali, innervandosi tale valutazione in una soluzione tendenzialmente ed esemplarmente punitiva, in quanto diretta ad impedire il reiterarsi di una condotta consistente nell'aggirare il divieto posto dal diritto interno ricorrendo alla maternità di sostituzione in un paese straniero.

Se la Corte avesse sfruttato le potenzialità insite nel principio del c.d. ordine pubblico positivo²⁹ e nelle norme di diritto internazionale privato sarebbe potuta giungere ad una diversa — e più confacente — determinazione, come peraltro sottolineato dai giudici di minoranza, senza legittimare pratiche non condivise; senza precludersi la possibilità di una valutazione differente in caso di fattispecie analoghe ma non eguali (in ragione dell'eventuale divergente situazione fattuale); senza dare luogo ad una discrasia di status nei due ordinamenti (spagnolo e californiano).

10. Il primato dei diritti fondamentali

In verità il diniego degli ordinamenti interni rispetto alla trascrizione di atti formati all'estero, attestanti la costituzione di rapporti familiari, confligge irrimediabilmente con i diritti fondamentali della persona e con i principi di effettività e garanzia che presiedono tali diritti.

Le considerazioni che precedono, evidenziano l'errore di prospettiva in cui cadono gli ordinamenti interni quando sovrappongono i diversi piani dell'atto e del rapporto, finendo per sanzionare quest'ultimo attraverso l'eliminazione dall'area della visibilità e della rilevanza giuridica degli effetti che discendono dall'atto. Prospettiva questa che può ancora risultare efficace in ambito contrattuale, dove pure non mancano esempi di conservazione del rapporto negoziale sorto in forza di un atto inficiato da profili di invalidità, ma che risulta del tutto inappropriata rispetto alle relazioni personali e familiari, proprio in ragione della venuta in rilievo dei diritti fondamentali dei componenti dell'unione affettiva.

Non rinunciare al divieto dell'atto rifiutato dall'ordinamento interno non implica la necessaria, conseguente caducazione del rapporto, come dimostrano talune scelte del nostro legislatore, quale — per fare un solo esempio — quella seguita nell'impianto originario della l. 40/2004 a proposito dello status del nato da inseminazione eterologa (v. artt. 8 e 9).

In questo senso si è orientata la Corte federale tedesca quando ha escluso che il divieto interno di maternità di sostituzione comporti una valutazione in termini di contrarietà all'ordine pubblico della trascrizione dell'atto di filiazione formato all'estero in seguito all'attuazione della pratica vietata in Germania, quando uno dei genitori c.d. committenti, membro di una unione registrata, sia biologicamente legato al nato³⁰. La Corte sottolinea come debbano tenersi distinti gli obiettivi di prevenzione generale che stanno alla base delle disposizioni che proibiscono talune metodiche e pratiche di procreazione assistita dalla situazione concreta in cui la maternità viene comunque realizzata legalmente all'estero, perché in simili ipotesi devono essere presi in considerazione i diritti fondamentali della persona e in

28 In dottrina si è osservato come “anche nel caso di bambino nato da maternità di sostituzione va tutelato il suo interesse ad avere una famiglia, pure se costruita sugli affetti e non sul dato biologico, analogamente a quanto avviene nella fecondazione eterologa e nell'adozione. L'interesse va apprezzato in concreto e, nella fattispecie in discorso, *ex post facto*; così pure l'identità affettiva dei genitori intenzionali e la loro capacità di mantenere, educare, istruire, assistere moralmente il bambino. In definitiva, nel sistema della genitorialità, ormai destrutturato (almeno) quanto alle materialità tecniche, l'affermazione dell'elemento volontaristico nell'attribuzione della parentalità emerge in maniera direttamente proporzionale al distacco che l'evento generativo segna rispetto al modello procreativo naturale, come testimoniano le norme della legge n. 40/2004 più volte richiamate e la disciplina dell'adozione”: M.C. Venuti, *Coppie sterili o infertili e coppie «same-sex»*. La genitorialità negata come problema giuridico, in *Rivista critica del diritto privato*, cit., pag. 282.

29 Per una ricostruzione dell'incidenza dei diritti fondamentali della persona rispetto all'interpretazione e al ruolo delle regole di diritto internazionale privato e alla portata del limite dell'ordine pubblico cfr. F. Salerno, *I diritti fondamentali della persona straniera nel diritto privato internazionale privato: una proposta metodologica*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 5/2014, pag. 773 e ss. V. pure G. Recinto, *Fecondazione eterologa, scambio di embrioni, maternità surrogata, omogenitorialità: nel rapporto genitori/figli c'è ancora un po' di spazio per i figli?*, in *Diritti fondamentali* www.dirittifondamentali.it, spec. pag. 5 s.

30 Corte federale tedesca, 10 dicembre 2014 nella traduzione di R. De Felice in *Personaedanno*, www.personaedanno.it unitamente al commento dello stesso A., *Maternità surrogata e ordine pubblico internazionale: Germania e Italia a confronto*. La pronuncia è stata analizzata pure da M. Di Masi, *Coppie omosessuali e ricorso alla surrogacy in uno Stato estero: aperture della Germania*, in questa *Rivista*, p. 214

particolare gli interessi del minore, che devono fungere da criterio-guida per la soluzione del caso di specie.

L'eccezione di ordine pubblico al riconoscimento di atti legittimamente formati all'estero, secondo i giudici, deve essere interpretata restrittivamente e essere limitata a casi eccezionali. Tale eccezione può essere opposta soltanto quando il riconoscimento dell'atto straniero contrasti con i diritti fondamentali della persona e appaia quindi incompatibile con i principi essenziali dell'ordinamento.

In questa prospettiva interpretativa, l'affermazione dei diritti umani deve fungere da parametro di valutazione (anche giudiziaria), nel singolo caso di specie, dell'(in)sussistenza di una lesione dell'ordine pubblico.

Dalle considerazioni svolte, emerge dunque come in assenza di contrapposti interessi di rango primario, non configurabili con riguardo alle questioni che qui rilevano inerenti alla trascrivibilità degli atti di nascita e dei matrimoni tra persone dello stesso sesso legittimamente formati all'estero, debba essere garantita la massima espansione ai diritti fondamentali e la loro piena attuazione. Ed in quest'ottica il ricorso alle nozioni e alle categorie tradizionali — l'ordine pubblico, lo status — non può non tenere conto dell'integrazione tra i valori e i diritti sanciti al livello costituzionale e quelli di matrice sovranazionale, innanzitutto la Convenzione Edu e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea³¹; non può, altresì, non considerare che il diritto internazionale privato deve necessariamente flettersi alle esigenze dell'ordinamento statale nella sua interazione con il diritto internazionale e sovranazionale. La clausola dell'ordine pubblico deve, allora, essere interpretata in modo inclusivo, cioè nel senso di dare piena effettività ai diritti fondamentali nel momento di coordinazione tra ordinamenti, piuttosto che fungere da limite impeditivo all'ingresso di rapporti conseguenti all'esercizio di tali diritti, effettuato nel rispetto della normativa straniera.

31 In questo senso ancora F. Salerno, *I diritti fondamentali della persona straniera nel diritto privato internazionale privato: una proposta metodologica*, cit., pag. 779.

Maurizio Di Masi*

Copie omosessuali e ricorso alla *surrogacy* in uno Stato estero: aperture dalla Germania

Sommario

1. Maternità surrogata e omogenitorialità: dagli USA all'Europa – 2. La maternità surrogata in Germania – 3. La decisione del *Bundesgerichtshof*: il *best interest* del minore oltre l'ordine pubblico – 4. Note conclusive: tutela del minore e rimodulazione degli *status familiari*.

Abstract

Con la decisione del 10 dicembre 2014 la Corte Suprema federale tedesca (*Bundesgerichtshof*) ha riconosciuto la validità di una sentenza californiana che recepiva gli effetti di un contratto di maternità surrogata, attribuendo la responsabilità genitoriale in capo ad una coppia omosessuale tedesca. Non vi sono, secondo i giudici, ragioni di ordine pubblico tali da prevalere sul *best interest of the child*, per cui l'anagrafe tedesca deve registrare la nascita del bambino nonostante in Germania la maternità per sostituzione sia vietata. Nel commento si analizza il modello giuridico californiano e quello tedesco rispetto alla disciplina della maternità surrogata e si riflette su come la tutela del minore, come si evince anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ridisegni in Europa gli *status familiae* anche al di là della famiglia tradizionale.

In the decision of 10 December 2014, the Federal Court of Justice of Germany (Bundesgerichtshof) recognized a Californian judgment which granted legal parenthood to the intended parents of a child born as a result of a surrogacy arrangement, even though German law prohibits surrogacy. According to the Bundesgerichtshof, in fact, the domestic recognition of the Californian judgment must be exclusively guided by the principle of the best interests of the child, given that no public policy reasons are able to justify a balancing act of the Court or to serve as grounds for denying the recognition of the foreign judgement. Consequently, the Court ordered the civil registry office to register the birth of the child, stating the appellants as her joint legal parents. In this paper, the Author first reviews and compares the different legal approaches adopted by Germany and California regarding the issue of surrogacy agreement and, then, considers the protection afforded by the German Court of Justice to the principle of the best interest of the child. In this respect, the Author maintains that the prominent protection given to children and their interests by European national Courts throughout Europe can play an important role in redefining legal parenthood beyond the traditional family paradigm, as the European Court of Human Rights has pointed out in its more recent decisions.

1. Maternità surrogata e omogenitorialità: dagli USA all'Europa

Con una frequenza sempre maggiore le corti supreme degli Stati europei stanno affrontando le questioni concernenti accordi di maternità surrogata sotto una nuova prospettiva, che non riguarda più tanto la vincolatività di tali accordi, quanto il riconoscimento della genitorialità dei genitori committenti, onde

* Assegnista di ricerca in Diritto privato, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Perugia. Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

garantire il preminente interesse del minore coinvolto¹. Il mutamento di visuale non è di poco momento, se consideriamo che la storia del processo giurisprudenziale in atto è in netto contrasto con la narrazione giuridica della surroga materna che si è diffusa tra il 1980 e il 1990 negli Stati Uniti a seguito del noto caso *Baby M.*, destinato ad influenzare anche il dibattito europeo². Nel corso del contenzioso tra gli aspiranti genitori, William ed Elizabeth Stern, e la madre surrogata, Mary Beth Whitehead, emergeva il netto sfavore dei giudici verso la vincolatività degli accordi di maternità surrogata di natura commerciale: tra gli oppositori di tali accordi, invero, si sosteneva che tali contratti mascherassero in realtà una compravendita di bambini e che sfruttassero le donne meno abbienti, con scarso potere contrattuale poiché o costrette a prestare l'utero per indigenza o non in grado di comprendere le conseguenze delle loro scelte³. Per di più si riteneva che la maternità surrogata degradasse la funzione riproduttiva femminile e minasse la famiglia tradizionale⁴. Questi argomenti, volti a considerare con sfavore la *commodification* del corpo femminile, sono stati accolti dalla Corte Suprema del New Jersey nel caso *Baby M.* e, per molti anni, hanno prevalso con effetti di vasta portata sulla regolazione giuridica della *surrogacy*: nei primi anni '90, difatti, molti Stati nordamericani hanno adottato leggi che vietano o limitano significativamente gli accordi di maternità surrogata⁵ ed anche in Europa la pratica rimane perlopiù vietata⁶.

Parallelamente, però, negli stessi anni '90 la maternità surrogata gestazionale è divenuta la più diffusa nell'ambito della medicina della procreazione, per la possibilità di scindere la maternità in una donatrice del materiale genetico e una donna che partorisce il bambino, di modo che

«la madre che dà alla luce il bambino non è geneticamente imparentata con quest'ultimo. Quanto alla madre genetica del bambino, generalmente ignora l'identità di chi ha acquisito il suo ovocita, di chi ha fornito gli spermatozoi per fecondare tale ovocita e a chi infine è stato impiantato. Tale scissione semplifica dunque le relazioni molto complesse legate alla maternità surrogata: la madre surrogata partorisce un bambino con il quale non è imparentata geneticamente e la donatrice anonima dell'ovocita non ha alcun contatto né con la madre surrogata né con i genitori intenzionali. In tal modo è garantito che il legame familiare sociale nasca esclusivamente tra i genitori intenzionali paganti e il bambino»⁷.

- 1 Un quadro attuale della legislazione sulla maternità surrogata è presente nei Report, negli Studi e nel *Document préliminaire No 3A de février 2015 à l'attention du Conseil de mars 2015 sur les affaires générales et la politique de la Conférence: Le Projet Filiation / Maternité de substitution : note de mise à jour*, predisposti dal Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé in http://www.hcch.net/index_fr.php?act=text.display&tid=178. A livello europeo lo studio istituzionale più recente è quello del Parlamento europeo, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, in [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/it/document.html?reference=IPOL-JURI_ET\(2013\)474403](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/it/document.html?reference=IPOL-JURI_ET(2013)474403). In dottrina cfr. *International surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, K. Trimmings e P. Beaumont (a cura di), Oxford, Hart Publishing, 2013.
- 2 *In the Matter of Baby M.*, 537 A.2d 1227 (N.J. 1988). Cfr. G. Ponzanelli, *Il caso Baby M., la «surrogate mother» e il diritto italiano*, in *Foro Italiano*, 1988, IV, cc. 101 ss.; Id., *California e «vecchia» Europa: il caso del contratto di maternità surrogata*, in *Foro Italiano*, 1993, IV, cc. 337 ss.; F. D. Busnelli, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, Giappichelli, 2001, in particolare pp. 7 ss..
- 3 Cfr. I. Corti, *La maternità per sostituzione*, Milano, Giuffrè, 2000; D. Danna, *Maternità surrogata*, in *Femministe a parole. Grovigli da districare*, S. Marchetti, J. M.H. Mascot, V. Perilli (a cura di), Roma, Ediesse, pp. 158 ss.; S. Catanossi, *Libertà del volere e contrattualizzazione delle relazioni familiari*, Napoli, Jovene, 2013. Per una critica femminista alla presunta razionalità del soggetto di diritto si veda M. R. Marella – S. Catanossi, *Il contratto e il mercato sono maschili? Teoria de-generi intorno al consenso contrattuale*, in *Oltre il soggetto razionale*, G. Rojas Elgueta, N. Vardi (a cura di), Roma, RomaTre Press, 2014, pp. 161 ss.
- 4 Per un esaustivo quadro degli argomenti pro e contro la maternità surrogata si rinvia a M. Becker, *Four Feminist Theoretical Approaches and the Double Bind of Surrogacy*, in *Chicago Kent Law Review*, 1993, 69, p. 303. *Contra* il contratto di *surrogacy* significativa la critica di C. Pateman, *Il contratto sessuale*, Roma, Editori Internazionali Riuniti, che ritiene il contratto di maternità per sostituzione un ulteriore strumento di dominio patriarcale sulla donna. A favore della vincolatività di tali accordi cfr. C. Shalev, *Nascere per contratto*, Milano, Giuffrè, 1992. Sul modo in cui le nuove tecnologie procreative ridisegnano i rapporti familiari cfr. M. R. Marella, *Riproduzione assistita e modelli familiari*, in *Scienza, etica e legislazione della procreazione assistita. Atti del Convegno di Perugia, 4 ottobre 2002*, a cura di F. Di Pilla, Napoli, ESI, 2003; A. Campbell, *Conceiving parents through law*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2007, 21, p. 242.
- 5 Tra cui lo Stato di New York. La vicenda è ben ricostruita da E. S. Scott, *Surrogacy and the Politics of Commodification*, in *Law and Contemporary Problems*, 2009, 72, pp. 109 in <http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol72/iss3/7>. Per i diversi modi in cui gli Stati degli USA hanno disciplinato la materia si veda R. Rao, *Surrogacy Law in the United States: The Outcome of Ambivalence*, in *Surrogate Motherhood: International Perspectives* 23 Rachel Cook & Shelley Day Sclater eds., Hart 2003.
- 6 Optano ancor oggi per una regolamentazione che proibisce gli accordi di maternità surrogata Germania, Francia, Italia, Austria, Spagna, Estonia, Finlandia, Moldavia, Montenegro, Serbia, Svezia, Svizzera e Turchia.
- 7 Rapporto del Consiglio federale in risposta al postulato 12.3917 (rapporto sulla maternità surrogata) della consigliera nazionale Jacqueline Fehr del 28 settembre 2012, in <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2013/2013-11-29/ber-br-i.pdf>. La citazione è a p. 9.

Il proliferare del ricorso alla tecnica procreativa in questione, per di più, ha portato al consolidarsi, in alcuni Stati americani ed europei, di un altro discorso giuridico⁸, minoritario, volto a riconoscere la liceità degli accordi di surroga materna; discorso giuridico che valorizza l'aspetto altruistico di tale pratica, dal momento che essa contribuisce a donare la vita e ad aiutare coppie sterili o infertili ad avere figli⁹. In Europa questa opzione normativa è stata abbracciata, ad esempio, dalla Gran Bretagna¹⁰, ove la maternità surrogata è consentita se la madre gestante si sottopone alla gravidanza sostitutiva non a scopo di lucro ma per mero spirito altruistico e di solidarietà, al solo fine, cioè, di essere d'ausilio al soddisfacimento del desiderio altrui di essere genitore, soluzione apprezzata da autorevole dottrina in quanto si presenta aperta, efficace e non ideologica¹¹. Con il diffondersi dell'accettazione delle unioni omosessuali, *in primis* negli Stati Uniti, tale discorso giuridico ha potuto facilmente intrecciare ansie e istanze delle coppie *same-sex*, in particolare degli uomini omosessuali, che nella maternità per sostituzione vedono l'unica *chance* per avere un figlio geneticamente di uno dei membri della coppia¹². Così, anche in assenza di una normativa di riferimento, alcuni giudici statunitensi, tra cui per prima la Corte Suprema della California, hanno considerato vincolanti gli accordi di maternità surrogata di tipo gestazionale anche su base commerciale, permettendo ai genitori committenti di essere riconosciuti nel certificato di nascita¹³. In siffatto modo, come vedremo, si produce nel sistema di filiazione dei diversi ordinamenti giuridici una significativa apertura al dato volontaristico¹⁴, cui corrisponde l'autoresponsabilità di assumere il ruolo genitoriale, che costituisce uno strumento di realizzazione anche dei progetti omogenitoriali, tanto più che — come è stato efficacemente sottolineato — nel caso della coppia omosessuale la genitorialità «esibisce un tasso di artificialità (più o meno elevato a seconda delle circostanze) al quale si accompagna, in

- 8 Cfr. A. Gentili, *Il diritto come discorso*, Milano, Giuffrè, 2013. Come osserva l'Autore «[q]uando sarà ripristinata la consapevolezza che il diritto è un discorso sui fatti dal punto di vista del dover essere, non sarà più possibile a nessuno continuare a pensare che il diritto sia nel fatto discusso e non nel discorso che ne discute. Caduta la fantasiosa fola dell'esistenza di una oggettiva realtà giuridica, nessuno potrà più pretendere che il discorso del giurista dipenda dalla realtà giuridica e non piuttosto la realtà giuridica dal discorso del giurista» pp. 90-91.
- 9 Tale argomento, prima dell'entrata in vigore della legge 40/2004, era stato accolto nella giurisprudenza italiana dal Tribunale di Roma, ordinanza del 17 febbraio 2000 (su cui si veda la nota di M. Sesta, *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, II, pp. 203 ss.) che riconosceva la validità di un accordo di maternità surrogata (a titolo gratuito) sui presupposti della meritevolezza degli interessi (ex 1322 c.c.), ossia dell'aspirazione della coppia contraente a diventare genitori, e della solidarietà alla base dell'accordo concluso dalla madre surrogata a mero fine altruistico (art. 2 Cost.). In maniera adesiva cfr. P. Zatti, *Maternità e surrogazione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, II, pp. 193 ss.; criticamente cfr. F. D. Busnelli, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, cit., in particolare p. 10.
- 10 Surrogacy Arrangements Act del 16 luglio 1985. In Europa questo approccio è seguito anche da Paesi Bassi, da Albania e da Grecia.
- 11 S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, Laterza, 1999, in particolare pp. 227 ss.
- 12 Cfr. A. R. Dana, *The State of Surrogacy Laws: Determining Legal Parentage for Gay Fathers*, in *Duke Journal of Gender Law & Policy*, 2011, 18, p. 353. Sulla prassi nordamericana di ricorrere al contratto per appagare il desiderio di genitorialità da parte di coppie omosessuali si veda F. Caggia, *Convivenze omosessuali e genitorialità: tendenze, conflitti e soluzioni nell'esperienza statunitense*, in *I contratti di convivenza*, E. Moscati, A. Zoppini (a cura di), Torino, Giappichelli, 2002. In questa sede è opportuno sottolineare come anche rigorosi studi psicologici dimostrino che la crescita del minore da parte di una coppia omosessuale non intacca lo sviluppo psichico e sessuale dello stesso; tra gli studi italiani più recenti cfr. *Crescere nelle famiglie omosessuali. Un approccio psicologico*, D. Dettore, A. Parretta (a cura di), Roma, Carocci, 2013, ove si sottolinea che sono le relazioni e i processi familiari positivi (stile autorevole ma accettante e accogliente, regole ben definite, controllo equilibrato sui figli, attività svolte con la madre ecc.) più dei fattori strutturali familiari (genitori entrambi dello stesso come conseguenza del loro orientamento sessuale), a costruire validi predittori di un buon adattamento sociale e relazionale dei figli. Per uno studio giuridico completo ed aggiornato si veda *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, A. Schuster (a cura di), Milano, Mimesis, 2011; D. Amram, *Diritto del bambino alla bigenitorialità e genitore omosessuale*, in *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali e iniziative dell'Unione europea*, D. Amram, A. D'Angelo (a cura di), Padova, Cedam, 2011, pp. 100 ss.; spunti di riflessione anche in M.F. Moscati, *Pasolini's Italian Premonitions: Same-Sex Unions and the Law in Comparative Perspective*, London: Wildy, Simmonds and Hill Publishing, JCL Studies in Comparative Law Series, 2014.
- 13 Tra le prime vedi *Johnson v. Calvert*, 851 P.2d 776 (Cal. 1993), che riconosce la validità degli accordi di maternità surrogate gestazionale; *Doe v. Roe*, 717 A.2d 706 (Conn. 1998), che riconosce la competenza della trial court nello stabilire la validità o meno degli accordi di surrogacy; *In re Roberto D.B.*, 923 A.2d 115 (Md. 2007), che ribalta la decisione della corte inferiore che impediva di rimuovere il nome della madre gestante dal certificato di nascita anche qualora vi fosse consenso della stessa; *A.H.W. v. G.H.B.*, 772 A.2d 948 (N.J. Super. Ct. 2000), che consente ai genitori committenti di riconoscere il bambino nel certificato di nascita purché alla madre surrogata sia lasciato un periodo congruo — 48 ore — per rinunciare alla genitorialità.
- 14 Sul punto rimane attuale lo studio di M. Iacub, *L'impero del ventre. Per un'altra storia della maternità*, Verona, Ombre corte, 2005.

misura direttamente proporzionale al crescere del primo, il necessario apporto della volontà di assumere ed esercitare il ruolo parentale»¹⁵.

A fronte della possibilità di ricorrere alla pratica della surroga materna, vuoi su base commerciale¹⁶ vuoi su base solidaristica¹⁷, il quesito da sciogliere rimane infatti cruciale e non univoco nei diversi sistemi giuridici: chi assume giuridicamente la responsabilità genitoriale del minore nato con l'ausilio di una madre surrogata? Coloro che hanno un legame genetico con il bambino, la donna che ha dato alla luce lo stesso oppure coloro che hanno pianificato e contrattato la nascita del bambino e si sono attivati per ricorrere alle nuove tecnologie procreative?

Non è un caso, allora, che dirimente nel ragionamento dei giudici californiani nel suddetto caso *Calvert* sia stata proprio la distinzione tra maternità surrogata c.d. tradizionale e maternità surrogata gestazionale¹⁸: la prima comporta che la madre gestante sia donatrice dell'ovulo, il che fa della stessa anche la madre genetica; la seconda, invece, prevede che la madre gestante accolga nel proprio utero un embrione formato con gameti a lei estranei, per cui la donna contribuisce alla nascita del minore non geneticamente ma "solo" portando avanti la gravidanza¹⁹. I giudici del primo grado, dell'appello e della Corte Suprema californiana hanno riconosciuto la validità del contratto di *surrogacy* ed hanno attribuito la maternità alla signora Calvert, madre sociale, con una motivazione molto significativa: dato, infatti, che per il diritto di famiglia californiano la maternità poteva essere riconosciuta sia attraverso la consanguineità genetica sia attraverso il parto, giuridicamente entrambe le madri potevano vantare egual pretesa. Quindi, poiché i due parametri possono di fatto non coincidere e il neonato doveva avere una sola madre biologica, è stato introdotto in via pretoria un terzo criterio: l'intenzione²⁰. E, in maniera assai significativa, in questo caso la Corte Suprema della California afferma che la vincolatività dei contratti di maternità surrogata non contrasta con l'ordine pubblico, ma anzi essendoci anche un legame genetico col padre si persegue il prevalente interesse del minore. Il principio affermato del caso *Calvert* nel 2005 è stato poi esteso dalla Corte Suprema della California al caso delle coppie *same-sex* che ricorrano alla procreazione medicalmente assistita nel caso *Elisa B. v. Superior Court*²¹, in cui una coppia di donne lesbiche conviventi ricorre all'inseminazione artificiale per concepire un bambino con l'ausilio di un donatore di sperma: una volta che termina la relazione affettiva, però, le donne si trovano a dover stabilire

- 15 Così M. C. Venuti, *Coppie sterili o infertili e coppie «same-sex». La genitorialità negata come problema giuridico*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2015, 2, pp. 283-284. Ciò appare confermato anche in sistemi di sostanziale anomia, come quello italiano, ove le coppie *same-sex* non hanno un riconoscimento giuridico formale. Sui diversi modelli giuridici dell'omogenitorialità in Italia e nella giurisprudenza della Corte Edu cfr. D. Ferrari, *Lo statuto giuridico dell'omogenitorialità in Italia e in Europa*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2015, 1, pp. 111 ss.
- 16 La maternità surrogata a titolo commerciale è autorizzata e praticata in Georgia, India, Uganda, Russia, Thailandia, Ucraina e alcuni stati degli Stati Uniti d'America (la maternità surrogata a titolo commerciale è ammessa per giurisprudenza positiva o legislazione in 18 stati: giurisprudenza – California, Carolina del Sud, Maryland, Massachusetts, Ohio, Pennsylvania; legislazione – Alabama, Arkansas, Connecticut, Dakota del Nord, Illinois, Iowa, Nevada, Oregon, Tennessee, Texas, Utah, Virginia occidentale).
- 17 Nel mondo consentono e riconoscono contratti di *surrogacy* su base solidaristica anche l'Australia (Australia meridionale, Australia occidentale, Nuovo Galles del Sud, Queensland, Territorio della capitale australiana Victoria), la Cina (Hong Kong SAR), la Danimarca, Israele, il Canada (Alberta, Colombia Britannica), il Sudafrica e la Nuova Zelanda.
- 18 Sul punto si veda D. E. Lawrence, *Surrogacy in California: Genetic and Gestational Rights*, in *Golden Gate University Law Review*, 1991, p. 521; e da ultimo A. M. Herman, *The Regulation of Gestation: A Call for More Complete State Statutory Regulation of Gestational Surrogacy Contracts*, in *Chapman Law Review*, 2014-2015, 18, 553.
- 19 Nel caso di specie, infatti, la signora Calvert era capace di produrre ovociti ma impossibilitata a portare a termine la gravidanza per aver subito un'isterectomia, per cui si era accordata con la signora Anna Jhonson affinché portasse a termine la gravidanza dell'embrione artificialmente fecondato con i gameti del marito e rinunciassse ai diritti parentali, in cambio di un compenso di \$ 10.000 e un'assicurazione sulla vita. Poco dopo l'inserimento dell'embrione nell'utero i rapporti tra genitori biologici committenti e madre surrogata si deteriorarono e sebbene la signora Jhonson eseguì la propria obbligazione, esperì subito il giudice per far dichiarare nullo il contratto e far riconoscere la sua maternità nei confronti del neonato.
- 20 Peraltro riconoscere la genitorialità secondo il parametro dell'intenzione permetterà qualche anno dopo alla stessa corte di riconoscere la responsabilità genitoriale di quanti hanno voluto il bambino ma poi hanno "cambiato idea": si veda *Buzzanca v. Buzzanca* [1998] 72 Cal. Rptr.2d 280.
- 21 *Elisa B. v. Superior Court*, 117 P.3d 660, 663 (Cal. 2005). In dottrina cfr. Susan Frelich Appleton, *Presuming Women: Revisiting the Presumption of Legitimacy in the Same-Sex Couples Era*, in *Boston University Law Review*, 2006, 86, pp. 227, 267, la quale circa il caso *Elisa B.* osserva che la Corte, affermando che entrambi i genitori possano essere donna, ha mostrato come anche la genitorialità possa essere ricostruita oltre gli stereotipi di genere e che il principio di presunzione di genitorialità espresso in favore della coppia lesbica possa essere parimenti esteso alle coppie di uomini gay. Sulla genitorialità omosessuale maschile, in generale, cfr. E. Gary Spitko, *From Queer to Paternity: How Primary Gay Fathers Are Changing Fatherhood and Gay Identity*, in *Saint Louis University Public Law Review*, 2005, 54, p. 195.

la genitorialità legale dei tre figli. Anche in questo caso la Corte, in maniera *gender neutral*, stabilisce che entrambe le donne sono legalmente madri dei minori secondo la *intent doctrine*, dal momento che vi è un interesse di *public policy* nello stabilizzare la genitorialità in quanto in tal modo si fornisce ai bambini uno stabile supporto sia emotivo che finanziario²².

Infine, il favore per l'omogenitorialità in California trova oggi un riscontro anche legislativo, nel codice del diritto di famiglia, ove alle coppie *same-sex* è permesso tanto adottare un minore con la procedura tradizionale prevista per le coppie eterosessuali, quanto ricorrere ad accordi di maternità surrogata²³.

Non stupisce, di conseguenza, che la California sia tra le più note mete del turismo procreativo omosessuale²⁴, pratica che finisce per riproporre anche negli Stati proibizionisti la questione concernente la genitorialità dei minori nati da procreazione medicalmente assistita tramite maternità surrogata²⁵ e che impone anche al giurista continentale l'adozione di un approccio maggiormente pragmatico, volto cioè a definire i rapporti tra minore, genitori committenti e madre surrogata, in modo da chiarire con certezza la responsabilità genitoriale e il relativo *status*²⁶.

2. La maternità surrogata in Germania

Il caso qui in commento è paradigmatico di come sia limitata la prospettiva di quei sistemi giuridici che pretendono *sic et simpliciter* di proibire penalmente la pratica della maternità surrogata, o comunque di non riconoscere la validità civile degli accordi in questione²⁷. Nell'una come nell'altra ipotesi, invero, il problema giuridico concernente l'attribuzione della responsabilità parentale rimane intatto, stante la possibilità degli aspiranti genitori di recarsi in uno Stato che riconosce validità ad accordi di maternità per sostituzione e di realizzare il proprio progetto genitoriale. Così, nel caso di specie, nel 2010 una

22 *Elisa B. v. Superior Court*, 117 P.3d 660, 663 (Cal. 2005), §669.

23 Si veda §7962 del codice della famiglia californiano (Cal. Fam. Code §7962 -West 2013), in <http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=fam&group=07001-08000&file=7960-7962>.

24 Sulla pratica del turismo procreativo, in generale, si veda S. Rodotà, *Perché laico*, Roma-Bari, Laterza, 2009, in particolare pp. 68 ss. La tendenza al *forum shopping* come conseguenza della non uniformazione delle legislazioni nazionali anche europee è indagata da F. Caggia, *Famiglia e diritti fondamentali nel sistema dell'Unione Europea*, Roma, Aracne, 2005; A. Zoppini, *Tentativo di inventario per il 'nuovo' diritto di famiglia*, in *I contratti di convivenza*, E. Moscati, A. Zoppini (a cura di), cit., pp. 1 ss.; sul ruolo svolto dalla clausola generale dell'ordine pubblico nella circolazione tra gli Stati europei di differenti *status familiae* cfr. V. Scalisi, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi (II parte)*, in *Rivista di diritto civile*, 6, 2013, pp. 1287 ss. Analizza la giurisprudenza della Corte Edu sull'adozione omoparentale G. Repetto, *Figli irricognoscibili. Le adozioni omoparentali davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, A. Schillaci (a cura di), Roma, Carocci, 2015.

25 Da ultimo si leggano le articolate riflessioni di M. C. Venuti, *Coppie sterili o infertili e coppie «same-sex». La genitorialità negata come problema giuridico*, cit.; P. Morozzo della Rocca, *Dove finirà l'embrione se il piano si inclina ancora?*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, II, pp. 142 ss.

26 Sia consentito il rinvio a M. Di Masi, *Maternità surrogata: dal contratto allo «status»*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2014, 4, pp. 615 ss. In argomento diffusamente si veda da ultimo il saggio di Carmela Camardi, *Diritti fondamentali e status della persona*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2015, 1, pp. 7 ss.

27 Nel peggiore dei casi arrivando persino a dare in adozione il minore nato all'estero a seguito di maternità surrogata senza alcun apporto biologico dei "genitori committenti": questo l'approccio adottato dalla Cassazione italiana. Si veda, infatti, Corte di Cassazione, prima sezione, sentenza dell'11 novembre 2014 n. 24001, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 3, 2015, pp. 236 ss. con nota di Benanti e in *Il corriere giuridico*, 4, 2015, pp. 471 ss. con nota di Renda. In una prospettiva restrittiva si era posto anche il Tribunal supremo di Madrid, con pronuncia del 6 febbraio 2014, n. 835/2013 (commentata da G. Palmeri *Il Tribunal Supremo a proposito di status familiari e maternità di sostituzione* in *Articolo29* www.articolo29.it, 2014): nel qual caso i giudici ritengono prevalente le ragioni di ordine pubblico che impediscono l'iscrizione nel Registro di stato civile spagnolo del certificato di nascita californiano rilasciato a coppia *same-sex*, ritenendo che le ragioni di ordine pubblico si radichino sulla dignità della donna gestante e del figlio, sulla non negoziabilità della gestazione e della filiazione, sulla necessità di impedire intermediari sul mercato della *surrogacy* «che possa sfruttarsi lo stato di bisogno di donne giovani dandosi vita ad una sorta di "cittadinanza censitaria" in cui soltanto chi dispone di elevate risorse economiche può realizzare una paternità non accessibile al resto della popolazione» (così G. Palmeri, *Il Tribunal Supremo*, cit.). E' appena il caso di anticipare che oggi tali argomentazioni giurisprudenziali sono state respinte, o comunque fortemente ridimensionate, dalla Corte Edu, da ultimo nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ric. 25358/12 (ma cfr. le note critiche di J.-P. Marguénaud, *L'exagération du droit au respect de la vie familiale des parents d'intention de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui*, in *RTDCiv Revue trimestrielle de droit civil*, 2015, pp. 325 ss.), ove la Corte ha ravvisato una violazione dell'art. 8 CEDU, sotto il profilo del diritto al rispetto della vita privata e familiare, nell'allontanamento del minore, nato da maternità surrogata senza alcun apporto biologico dei genitori committenti, disposto dall'autorità giudiziaria italiana, a cui ha fatto seguito la procedura di adozione.

coppia tedesca di omosessuali, unita civilmente tramite il vincolo di *Lebenspartnerschaft*²⁸, ha potuto concludere in California un contratto di maternità surrogata gestazionale (*Leihmutterchaftsvertrag*), tramite cui l'ovocita donato da donna anonima e fecondato col seme di uno dei membri della coppia è stato impiantato nell'utero di una donna che si è impegnata a portare a termine la gravidanza (madre gestante). Come da contratto, una volta impiantato l'embrione nell'utero, la madre gestante e il padre genetico si sono recati presso il Consolato generale tedesco di San Francisco ove, col consenso della donna, l'uomo ha dichiarato la paternità dei nascituri gemelli ed entrambe le parti hanno rilasciato dichiarazioni in ordine alla potestà genitoriale. Nell'aprile 2011 su richiesta dei partner committenti viene pronunciata una decisione della Corte Superiore dello Stato della California, Contea di Placer, che riconosce la genitorialità dei due uomini per la futura nascita dei minori in conformità alla legge californiana (*judgment of paternity*)²⁹. Nel maggio 2011, a seguito dell'aborto spontaneo di uno dei gemelli, è nato un bambino che è stato consegnato dalla madre gestante alla coppia committente, la quale, tornata in Germania, ha richiesto all'ufficio di stato civile la registrazione della nascita avvenuta in California. L'ufficiale dello stato civile, però, non ha riconosciuto alcun valore alla sentenza della corte californiana e ha negato la registrazione della nascita, sicché la coppia omosessuale ha esperito le vie legali. Le corti di merito tedesche, tuttavia, hanno confermato il diniego da parte dello stato civile, considerando la registrazione del minore nato da maternità surrogata all'estero in contrasto con l'ordine pubblico; in particolare il *Kammergericht* di Berlino ha ritenuto che la decisione della corte della California non potesse impegnare l'anagrafe tedesca alla registrazione della nascita rispetto al genitore committente che non ha legami genetici col minore, sia perché, in generale, la maternità surrogata è incompatibile con la tutela della dignità umana di cui all'art. 1 cpv. 1 della Costituzione tedesca, sia perché in Germania i "percorsi" per essere riconosciuti genitori sono solo la filiazione naturale (*ergo* il legame genetico) e l'adozione³⁰. Né, a parere della corte, la valutazione del *best interest* del minore potrebbe condurre a diversa soluzione, poiché al di fuori del legame genetico la legge tedesca prevede che il preminente interesse del fanciullo sia valutato nel procedimento d'adozione, cui la *surrogacy* non può essere paragonato giacché è una tecnica ritenuta lesiva del particolare legame — anche psicologico — che si crea tra minore e donna durante la gravidanza, nonché della stessa dignità della donna gestante, che viene trattata come una qualsiasi prestatrice di servizi. Oltretutto l'iscrizione della nascita nell'anagrafe finirebbe per ledere anche il diritto del minore alla conoscenza delle proprie origini biologiche, dal momento che — sempre a parere della corte di merito — non vi è menzione dell'identità della madre surrogata. Pare evidente che in queste argomentazioni del *Kammergericht* il ricorso alle tecniche di maternità surrogata è stato valutato attraverso la lente del caso *Baby M.*, finendo però per confondere e mal bilanciare l'interesse del minore con l'esigenza di non legittimare la maternità surrogata. La Germania, al pari della Francia e dell'Italia, è infatti tra gli Stati europei che non riconoscono la vincolatività degli accordi in questione, i quali, pur non essendo direttamente vietati, sono considerati nulli per contrarietà alla legge e al buon costume,

28 Disciplinate dalla legge del 12 febbraio 2001 (*Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften*), che all'art. 1 — recante *Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz - LPartG)* — detta un'apposita disciplina, per le coppie omosessuali, ove sono garantiti diritti e obblighi uguali o simili a quelli cui la coppia eterosessuale può accedere tramite il matrimonio, venendo così a creare un doppio binario tra coppie eterosessuali e coppie omosessuali: cfr. F. D. Busnelli, M. C. Vitucci, *Frantumi europei di famiglia*, in *Rivista di diritto civile*, 4, 2013, pp. 767 ss.; F. D. Busnelli, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Rivista di diritto civile*, 4, 2002, pp. 509 ss.

29 L'art. 7962 del codice della famiglia californiano, infatti, disciplina l'*assisted reproduction agreement*, stabilendo che il contratto sia redatto con l'assistenza di avvocati e autenticato e che la Corte di Contea possa, anche prima della nascita, attribuire la genitorialità ai genitori committenti.

30 Primo grado: AG Berlin-Schöneberg, 25.10.2012 - 70 III 70/12. Per il secondo grado si veda KG, 01.08.2013 - 1 W 413/12. Argomentazioni simili sono state di recente adottate anche dalla Cassazione italiana nella sentenza n. 24001 del 2014, ove si ritiene che il divieto di surrogazione della maternità comminato dall'art. 12, comma 6, L. 19 febbraio 2004, n. 40 esprime un principio di ordine pubblico internazionale, in quanto fondamentale ed irrinunciabile per l'ordinamento italiano, per la ragione che esso è assistito da sanzione penale, protegge la dignità costituzionalmente tutelata della gestante e salvaguarda l'istituto dell'adozione, al quale soltanto l'ordinamento affida — attraverso una disciplina governata da regole poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori — la realizzazione di progetti di genitorialità privi di legami biologici con il nato. La Corte afferma, invero, che vengono «qui in rilievo la dignità umana — costituzionalmente tutelata — della gestante e l'istituto dell'adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto perché soltanto a tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato. Le aperture, registrate in dottrina, verso alcune forme di maternità surrogata solitamente non riguardano la surrogazione eterologa, quella cioè realizzata mediante ovociti non appartenenti alla donna committente, che è priva perciò anche di legame genetico con il nato, com'è pacifico nel caso in esame; né tantomeno riguardano le ipotesi in cui neppure il gamete maschile appartiene alla coppia committente, come nella specie è risultato all'esito degli accertamenti disposti dal Tribunale».

mentre ai sensi del § 1591 del BGB è madre colei che partorisce il bambino³¹, per cui nel caso di specie la madre sarebbe stata la donna californiana gestante, seppur non legata al minore dal vincolo di sangue (dato che l'ovocita proveniva da una terza donatrice). La non vincolatività di un accordo di maternità surrogata, d'altra parte, trova in Germania la propria base giuridica in tre fonti:

– il *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), che ai paragrafi 134 e 138 prevede la nullità dei negozi giuridici che violino, rispettivamente, la legge o i buoni costumi;

– la *Gesetz zum Schutz von Embryonen* (*Embryonenschutzgesetz* – EschG) del 1990, che sanziona chi effettua una fecondazione artificiale ad una donna che è pronta a portare avanti una gravidanza per conto di terzi §1(1)(7). Tecnicamente, quindi, non occorre che vi sia un accordo formale di maternità surrogata, essendo sufficiente la volontà unilaterale della donna di portare avanti la gravidanza e rinunciare alla genitorialità anche se per spirito solidaristico; in ogni caso la legge non punisce né la donna né eventuali genitori committenti, ma solo il personale sanitario;

– la *Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern* (*Adoptionsvermittlungsgesetz* - AdVermiG) del 2001 (e successive modifiche), che non sanziona gli accordi di surroga materna di per sé, ma solo le attività di mediazioni e pubblicità volte a favorirla (§13).

3. La decisione del Bundesgerichtshof: il *best interest* del minore oltre l'ordine pubblico

Con la sentenza del 10 dicembre 2014 il *Bundesgerichtshof* (BGH) cassa la sentenza del *Kammergericht*, ritenendo che la decisione del tribunale californiano non contrasti con l'ordine pubblico e che possa quindi essere eseguita in Germania, ordinando pertanto all'Ufficio dello stato civile di registrare la nascita del minore nato da surroga materna come figlio della coppia *same-sex*³²; con conseguente assunzione in capo ai partner omosessuali della potestà genitoriale nei confronti del minore interessato. Di particolare interesse risultano le motivazioni della Suprema Corte che, in maniera assai pragmatica, si preoccupa di bilanciare gli interessi contrapposti di tutti i soggetti coinvolti.

Punto di partenza del ragionamento della Corte è il generale principio di riconoscimento delle sentenze straniere in Germania (*Grundsatz des internationalen Entscheidungseinklangs*) ex §108 della legge sul procedimento in materia di famiglia e di questioni di volontaria giurisdizione³³, al di là della circostanza che la decisione straniera da riconoscere abbia carattere costitutivo o di mero accertamento, tanto più nel caso di specie ove la decisione del tribunale californiano si fonda su un esame di merito che ha per oggetto accanto alla efficacia del contratto di maternità surrogata anche le conseguenze che sono collegate agli *status* familiari. Sicché occorre valutare se sussistano ragioni per escludere il riconoscimento della decisione californiana per contrarietà all'ordine pubblico, clausola generale che costituisce il principale strumento attraverso cui il sistema di diritto internazionale privato tedesco tutela l'armonia interna, strumento che può essere utilizzato in via eccezionale dal giudice per non riconoscere le sentenze estere che produrrebbero effetti incompatibili con i principi fondamentali dell'ordinamento (§109 FamFG). Peraltro, osserva la Corte Suprema federale tedesca, l'eccezione di ordine pubblico deve essere interpretata sempre in maniera attenuata, onde evitare *status* giuridici claudicanti, per cui la semplice circostanza che in Germania non sia permessa la maternità surrogata non implica una violazione dell'ordine pubblico tedesco di per sé. Analizzando la posizione dei singoli soggetti coinvolti, infatti, non si riscontra alcun tipo di contrarietà all'ordine pubblico tedesco tale da giustificare la non registrazione della nascita all'anagrafe. Quanto alla posizione del padre biologico, ossia il partner della coppia *same-sex* che ha contribuito alla nascita del minore in termini di apporto genetico, non si riscontra contrarietà all'ordine pubblico poiché l'applicazione della legge tedesca non avrebbe portato a risultati differenti da quanto previsto dalla decisione della corte californiana; e ciò perché la madre (gestante) surrogata — che per il diritto tedesco sarebbe la madre legale ex §1591 del BGB, nonostante non abbia alcun legame

31 § 1591 BGB: *Mutterschaft. Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat.*

32 BGH, 2014/10/12 - XII ZB 463/13, in *FamRZ*, 2015, 3, pp. 240 – 246, con nota adesiva di T. Helms, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht mit Betreuungsrecht, Erbrecht, Verfahrensrecht, Öffentlichem Recht* e in *NJW Neue Juristische Wochenschrift*, 2015, 7, pp. 479 – 485, con nota di B. Heiderhoff. Una traduzione in italiano della decisione con un commento di R. de Felice è reperibile on-line su *Personaedanno* www.personaedanno.it, 2015.

33 FamFG, *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* del 17 dicembre 2008.

genetico col bambino — non era sposata al momento del parto e l'uomo ha riconosciuto legalmente il minore come gli sarebbe stato concesso pure dai §§1592 n. 2³⁴ e 1594, comma secondo³⁵ del BGB. Dirimente per protendere per la non violazione dell'ordine pubblico è quindi sia il legame biologico minimo che lega il componente della coppia omosessuale al minore (legame genetico non presente invece con la madre surrogata, trattandosi di *surrogacy* gestazionale) sia il *best interest* del minore, che funge da vero e proprio controlimita all'eccezione di ordine pubblico. Dalla legittimazione della filiazione attraverso il legame di sangue che lega il minore ad uno dei membri della coppia *same-sex* ricorrente, poi, deriva anche la legittimazione della seconda figura genitoriale della coppia omosessuale. Quanto alla posizione del padre di intenti, invero, la Corte osserva che vi è un conflitto con la legge tedesca, ma non tale da intaccare l'ordine pubblico nel caso di specie³⁶. Sebbene nell'ordinamento tedesco non sia prevista la possibilità di riconoscere una doppia paternità, infatti, i giudici supremi sono dell'opinione che nel caso di specie possa essere applicata la giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca sull'adozione c.d. successiva, che estende alle coppie conviventi la possibilità di adottare un minore già adottato da un membro della coppia in quanto considerate egualmente adatte all'educazione ed alla crescita del minore³⁷. In secondo luogo, la Corte ha sottolineato che gli obiettivi di prevenzione generale alla base delle disposizioni che in Germania vietano l'ovofecondazione e la maternità surrogata (viste sopra nel paragrafo precedente) vanno tenute distinti dalla situazione concreta in cui la maternità surrogata viene comunque realizzata — legalmente — all'estero, perché in questo secondo caso va preso in considerazione un ulteriore soggetto di diritto, vale a dire il bambino, di cui va garantito il preminente interesse. Sicché, una volta escluso — perché nel caso di specie non si tratta di ciò — che la madre gestante rivendichi la genitorialità, nel qual caso vi sarebbe senz'altro stata una violazione dei diritti fondamentali della donna, la tutela dei diritti fondamentali del minore porta a sostenere la necessità che si riconoscano gli effetti giuridici della decisione californiana³⁸. Esclusa qualsiasi violazione dell'ordine pubblico, allora, l'unico principio guida per la decisione del caso deve essere — a parere del BGH — il *best interest of the child*; principio che trova la propria base costituzionale sia nella garanzia di cure genitoriali previste dall'art. 2 e dall'art. 6 della Costituzione tedesca (che garantisce al bambino il diritto al riconoscimento di due figure genitoriali), sia nella c.d. Carta di Nizza³⁹, sia nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'art. 8 della CEDU, concernente il diritto del bambino al rispetto della propria vita privata, che di recente ha riconosciuto il diritto del minore ad uno stabile rapporto paren-

34 In base alla cui previsione è padre del bambino chi lo ha riconosciuto al momento della nascita.

35 Che osta al riconoscimento della paternità in presenza della paternità di un altro uomo (che nel caso di specie sarebbe stato l'eventuale marito della madre gestante).

36 La statuizione non è di poco conto e mostra una netta apertura della Germania all'omogenitorialità. La stessa apertura, ad esempio, non è stata mostrata dal Tribunale federale svizzero, che in una recente sentenza del 21 maggio 2015 ha ritenuto la maternità per sostituzione contraria all'ordine pubblico e, conseguentemente, ha ammesso solo il riconoscimento e la trascrizione degli atti statunitensi limitatamente al genitore (della coppia omosessuale) genetico. Tale decisione, secondo i giudici svizzeri, risulta conforme pure alle indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, dal momento che comunque il minore potrà vivere con entrambi i padri e posto che il vaglio del *best interest* è superato dalla circostanza che in caso di morte del padre genetico la legge elvetica prevede già alcuni poteri in capo al partner registrato di coppia *same-sex*. Il provvedimento, in lingua tedesca, è reperibile in <http://www.biodiritto.org/index.php/item/707-surrogata-svizzera> ed è annotato da A. Schuster: come osserva l'autore della nota, però, poiché «l'incompatibilità con l'ordine pubblico non può mai valutarsi in astratto, ma solo con riguardo agli effetti che si produrrebbero nel caso concreto, il Tribunale espressamente non si pronuncia in merito a situazioni in cui il mancato riconoscimento dell'atto straniero produrrebbe scenari diversi (ad es. l'assenza di ogni legame genitoriale nel sistema svizzero)». Parimenti nel caso qui in commento il *Bundesgerichtshof* si muove con cautela e non si pronuncia in merito a situazioni ove manchi il legame genetico tra minore nato da maternità surrogata e uno dei partner della coppia committente.

37 Si veda Bundesverfassungsgericht, 1 BvL 1/11 e 1 BvR 3247/09, in *FamRZ, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht mit Betreuungsgerecht, Erbrecht, Verfahrensrecht, Öffentlichem Recht* 2013, 521, 527.

38 Infatti, la Corte ha rilevato che se la legge applicata dal giudice straniero garantisce una partecipazione volontaria della madre surrogata, nell'ambito di un procedimento che rispetti lo standard di uno Stato di diritto, la decisione straniera mostra con ragionevolezza che non vi sia stata violazione della dignità della donna. A parere dei giudici, invero, la dichiarazione della madre surrogata, davanti alla Corte californiana, di non essere disposta ad assumersi responsabilità genitoriali per il bambino è paragonabile a quella di una madre che dà il suo bambino in adozione.

39 Vedi l'articolo 24, secondo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, a norma del quale «[i]n tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente».

tale in quanto fondamentale per l'identità dello stesso⁴⁰. Dal momento che non si pone un conflitto con la madre gestante, la Corte ha ritenuto che privare il figlio di uno stabile legale con il secondo genitore (il padre di intenti della coppia) che — a differenza della madre surrogata — è disposto ad assumersi la responsabilità genitoriale verso il bambino, violerebbe il diritto del bambino previsto dall'art. 8 della CEDU. Oltretutto la soluzione del tribunale californiano sarebbe anche in questo caso compatibile con la soluzione del diritto tedesco che, nel caso di adozione dei figliastri, opta per la genitorialità legale del partner del genitore biologico.

Infine, la Corte Suprema tedesca ritiene che la registrazione all'anagrafe della genitorialità della coppia omosessuale non leda neppure — come sosteneva il giudice di merito — il diritto del minore alla conoscenza delle proprie origini biologiche, giacché tale diritto nel sistema giuridico tedesco non è, in ogni caso, da assicurarsi attraverso il registro di stato civile, che si limita a individuare la responsabilità legale dei genitori e non certo quella biologica. Dalla costante attenzione dei giudici ai diritti fondamentali del minore pare potersi osservare come il *best interest of the child* diventi lo strumento tramite cui l'omogenitorialità trova riconoscimento giuridico in Germania, proprio in quanto alla prova dei fatti anche la genitorialità omosessuale risulta compatibile con la retorica dei diritti umani⁴¹.

4. Note conclusive: tutela del minore e rimodulazione degli *status* familiari

Le argomentazioni addotte dal *Bundesgerichtshof* per cassare la sentenza del *Kammergericht* appaiono, a ben vedere, di particolare interesse perché riflettono i problemi che si pongono in una società ormai avviata al pluralismo familiare⁴², in cui il modello tradizionale di famiglia si trova a dover far spazio alle istanze di tutela dell'autodeterminazione e d'eguaglianza dei singoli che oggi si estrinseca non solo nella contrattualizzazione delle relazioni di coppia⁴³, ma anche nella contrattualizzazione delle scelte riproduttive⁴⁴. I progressi della scienza medica e le nuove biotecnologie riproduttive, difatti, nel mentre

40 Il *Bundesgerichtshof* richiama espressamente le pronunce della Corte Edu, 26 giugno 2014, *Labassee c. France*, ric. 65941/11 e Corte Edu, 26 giugno 2014, *Mennesson c. France*, ric. 65192/11; a queste si è in seguito aggiunta la sentenza della Corte Edu, 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ric. 25358/12. In dottrina cfr: S. Tonolo, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 9, 2015, pp. 202 ss.; P. Morozzo della Rocca, *Dove finirà l'embrione se il piano si inclina ancora?*, cit.; M. Di Masi, *Maternità surrogata: dal contratto allo «status»*, cit.; C. Camardi, *Diritti fondamentali e status della persona*, cit.; M. C. Venuti, *Coppie sterili o infertili e coppie «same-sex»*. *La genitorialità negata come problema giuridico*, cit.; G. Berti de Marinis, *Maternità surrogata e tutela dell'interesse superiore del minore: una lettura critica alla luce di un recente intervento della Corte edu*, in *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2015, 3, pp. 287-312.

41 Questa la strada che sembra percorsa anche dalla Corte Edu: si veda G. Repetto, *Figli irrecognoscibili. Le adozioni omoparentali davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., in particolare pp. 166 ss.

42 Cfr. V. Scalisi, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi (II parte)*, cit., secondo cui il "principio famiglia" fa sì che la nozione di famiglia sia oggi ripensata "dal basso", scaturendo dalla concreta ed effettiva esperienza che prescinde anche dall'aspetto istituzionale del suo formale atto di costituzione: il matrimonio. Diffusamente sul ruolo e l'evoluzione del diritto di famiglia, anche in una prospettiva di diritto comparato, cfr. M. R. Marella - G. Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Roma-Bari, Laterza, 2014; E. Calò, *Matrimonio à la carte. Matrimoni, convivenze registrate e divorzi dopo l'intervento comunitario*, Milano, Giuffrè, 2009; E. Jayme, *Diritto di famiglia: società multiculturali e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1993, pp. 295 ss.

43 Cfr. M. R. Marella, *La contrattualizzazione dei rapporti di coppia. Appunti per una rilettura*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2003, 1, 57 ss.; M.-A. Glendon, *Family Law in a Time of Turbulence*, in *IV International Encyclopedia of Comparative Law*, Tubingen, J.C.B. Mohr, 2006; F. Swennen, *Contractualisation of Family Law in Continental Europe*, in *Familie & Recht*, in <http://www.familieenrecht.nl/tijdschrift/fenr/2013/07/FENR-D-13-00003>; S. Catanossi, *Libertà del volere e contrattualizzazione delle relazioni familiari*, cit.

44 Ne emerge, dunque, l'erosione di solidi principi del diritto di famiglia classico, quale il principio di indisponibilità degli *status* familiari (cfr. D. Messinetti, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Rivista di diritto civile*, 2005, I, pp. 137 ss., in particolare pp. 147 ss.; G. Ferrando, *Stato unico di figlio e varietà dei modelli familiari*, in *Famiglia e diritto*, 10, 2015, pp. 952 ss.), così come il sovrapporsi di nuove tecniche di tutela dei singoli soggetti della famiglia e della loro identità. Come è stato acutamente osservato ciò è tipico dell'attuale (terza) fase del diritto di famiglia, caratterizzata dalla complessità, in cui si sovrappongono tecniche giuridiche formaliste a tecniche funzionaliste: così F. Caggia, *Il linguaggio del "nuovo" diritto di filiazione*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2, 2015, pp. 235 ss., in particolare pp. 238 ss. Sulle diverse globalizzazioni del diritto di famiglia cfr. M. R. Marella, G. Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit.

hanno aperto nuovi problemi di tutela dei diritti della persona, hanno pure inciso sul mutamento del paradigma tradizionale di famiglia, poiché consentono esperienze genitoriali nuove rispetto a quelle che si configurano in seno alla famiglia nucleare, eterosessuale e bigenitoriale⁴⁵.

Rispetto ad un regime giuridico improntato *tout court* alla proibizione, allora, si fa sempre più stringente per la tutela della personalità di tutti i soggetti coinvolti un regime giuridico che si conformi ad una regolamentazione degli *status* familiari⁴⁶. Dalla più recente esperienza giurisprudenziale non solo tedesca, ma anche italiana, francese, svizzera⁴⁷ e, in particolare, della Corte europea dei diritti dell'uomo, emerge la netta tendenza a tutelare i diritti fondamentali dei minori al di là del modello familiare in cui sono accolti⁴⁸; tendenza che si diffonde tra i diversi sistemi giuridici per mezzo del diritto internazionale privato⁴⁹. Ciò finisce per incidere fortemente sulla rimodulazione degli *status familiae* e del rapporto di genitorialità, che è ormai considerato più un rapporto giuridico di responsabilità⁵⁰, che un rapporto

45 In tal senso cfr. M.R. Marella, *Riproduzione assistita e modelli familiari*, cit.: qui l'Autrice afferma che rispetto «alla famiglia fondata sul binomio matrimonio & biologia, ci troviamo oggi di fronte ad un 'assortimento' di situazioni genitoriali prima impensabili: si va dalla donna, sposata o non sposata, fecondata con seme di un donatore, con o senza il consenso del partner; al figlio che non è il 'prodotto biologico' dei genitori sociali, ma di uno soltanto, ovvero di nessuno dei due, essendo stato concepito grazie alla donazione tanto di ovocita che di seme e magari all'impianto nell'utero di una madre surrogata [...]» p. 235.

46 O regime giuridico di *status regulation*, per usare la tassonomia di R. Rao, *Surrogacy Law in the United States: The Outcome of Ambivalence*, cit. Il che implica che la responsabilità genitoriale sia chiaramente attribuita per il benessere del minore anche al di là del rapporto meramente biologico.

47 In Francia e Italia si registrano contrastanti orientamenti giurisprudenziali in tema di maternità surrogata, come naturale conseguenza del divieto penale e, in generale, dei discorsi giuridici sviluppatosi dopo il celebre caso *Baby M.*, come visto nel primo paragrafo. In particolare rispetto alla Francia cfr. le osservazioni critiche di A. M. Princigalli, *Maternità surrogata nell'esperienza francese: frode alla legge e interesse dei figli*, in *Rivista critica del diritto privato*, 3, 2005, pp. 519 ss. Significativo, peraltro, che la Cassazione francese abbia recepito *in toto* le indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo (*Labassee c. Francia* e *Mennesson c. Francia*): vedi Cour de Cassation, sentenza n. 219/2015 (3 luglio 2015), on-line su <http://www.biodiritto.org/> ove i giudici francesi affermano che il certificato di nascita redatto all'estero, in conformità alle norme del medesimo Stato estero, deve essere trascritto in Francia, a meno che non vi siano motivi di ritenere che dichiarazioni in esso contenute, o parti di tale atto, siano irregolari, false o non corrispondenti alla realtà. In Italia la giurisprudenza, anche penale, si mostra più tollerante in tutti quei casi in cui vi sia un legame biologico minimo tra minore nato da *surrogacy* e genitori committenti, ma ampiamente cfr. M. Di Masi, cit.; mentre di recente si segnala la decisione del Tribunale di Pisa, sentenza del 10 aprile 2015 (reperibile in <http://www.biodiritto.org/index.php/item/684-surrogata-pisa>) che in un procedimento penale per alterazione di stato nei confronti di due coniugi, di cui l'uomo padre biologico di due bambini nati all'estero da madre surrogata, ha assolto gli imputati perché il fatto non sussiste. Per la Svizzera si è detto in nota 36, ma cfr. A. Schuster, *Tribunale federale svizzero: trascrizione GPA in parte contraria all'ordine pubblico*, in www.biodiritto.org.

Qui vuole sottolinearsi, in ogni caso, che al di là della legittimità della pratica della maternità surrogata e del tipo di procreazione tramite cui il minore è venuto al mondo, i giudici mostrano una crescente attenzione per la tutela e il benessere del bambino. D'altra parte, le nuove tecniche procreative portano a riconsiderare il paradigma della filiazione naturale in favore di una rivalutazione della genitorialità sociale che, nei sistemi giuridici occidentali, è alla base dell'adozione: la verità biologica, tutto sommato, non è un requisito indispensabile per svolgere il ruolo genitoriale, ed anzi, è possibile distaccarsi totalmente dall'*imitatio naturae*: M. R. Marella, voce *Adozione*, in *Digesto IV*, Disc. priv., Aggiornamento, 2000, UTET, Torino, pp. 1ss.

48 Con specifico riferimento alle realtà omogenitoriali nella giurisprudenza della Corte Edu cfr. G. Repetto, *Figli irrecognoscibili. Le adozioni omoparentali davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit.; con particolare riferimento alla situazione italiana, si sofferma sul rapporto tra ordine pubblico e preminente interesse del minore G. Palmeri, *Riflessioni a margine della pronuncia della Corte di Appello di Torino 4 dicembre 2014 in tema di trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero in seguito a PMA*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 5, II, 2015, pp. 241 ss.; sul modo in cui il preminente interesse del fanciullo ridisegna la famiglia cfr. G. Ferrando, *Stato unico di figlio e varietà dei modelli familiari*, cit.

49 Sul punto ampiamente si veda l'analisi di M. R. Marella, *Critical Family Law*, in *American University Journal of Gender Social Policy and Law*, 2011, 19, 2, pp. 721-754, in <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1519&context=jgspl>.

50 Di responsabilità genitoriale si parla da tempo nella normativa europea: cfr. R. De Meo, *La tutela del minore e del suo interesse nella cultura giuridica italiana ed europea*, M. Pennasilico (a cura di), *Scritti in onore di Lelio Barbiera*, Napoli, ESI, 2012, pp. 385 ss. Anche in Italia la riforma della filiazione introdotta dalla l. 219/2012 e dal d.lgs. 154/2013 riformula il codice civile (a partire dall'art. 316 c.c.) sostituendo il riferimento alla potestà genitoriale con la responsabilità genitoriale: ciò permette di tener maggiormente in conto i nuovi modelli familiari e di «delineare una modalità di partecipazione e di coinvolgimento dei genitori nella vita del figlio (la responsabilità genitoriale) che deve necessariamente presentare caratteri diversi da quelli della potestà genitoriale e, segnatamente, quei caratteri di plasmabilità che appaiono necessari quando si tratta di comporre le complesse trame di rapporti generate dalla sovrapposizione di nuclei familiari ulteriori rispetto a quello originario, composto dai genitori e dal figlio» così E. Al Mureden, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, in *Famiglia e diritto*, 5, 2014, 479 ss. Critico sull'utilizzo della locuzione «responsabilità genitoriale», ma non sulla sostanza della riforma, P. Rescigno, *La filiazione 'riformata': l'unicità dello status*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, pp. 1261 ss. Sulla riforma del

meramente biologico⁵¹. Di conseguenza risulta logicamente valorizzata la scelta autodeterminativa dei genitori di ricorrere alla maternità per sostituzione all'estero, che viene ad essere tutelata proprio grazie alla clausola del *best interest of the child*. Il consenso manifestato in un accordo di maternità surrogata, in realtà, implica sempre l'assunzione dell'autoresponsabilità rispetto allo status genitoriale, da cui discende il divieto proprio della logica contrattuale di *venire contra factum proprium*, estrinsecazione del principio di buona fede, «che impone che ciascuno assuma su di sé le conseguenze delle proprie decisioni procreative»⁵².

In un contesto giuridico ormai globale, come ben dimostra il caso in commento, l'autodeterminazione procreativa e il suo esplicarsi negli accordi di *surrogacy* trova ambiti d'applicazione difficilmente arginabili da divieti statali e dall'ordine pubblico, né ciò appare necessario e auspicabile in considerazione degli interessi coinvolti⁵³. Oltretutto, l'omosessualità dei genitori non costituisce mai, di per sé, motivo di nocimento per il benessere del minore⁵⁴. A maggior ragione nel caso — come quello di specie — ove si è in presenza di un legame biologico tra minore e uno dei partner omosessuali conviventi, quindi, la contrapposizione tra interessi e diritti da bilanciare, vale a dire salute ed autodeterminazione procreativa dei genitori (madre gestante e coppia committente), da una parte, e *best interest* del minore, dall'altra, è solo apparente⁵⁵. Nel caso di figli nati da surroga materna e/o da donazione di gameti, in

diritto di filiazione e le implicazioni sugli status familiari cfr. R. Senigaglia, *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Napoli, Jovene, 2013; F. Prosperi, *Unicità dello "status filiationis" e rilevanza della famiglia non fondata sul matrimonio*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2, 2013, pp. 273 ss.

- 51 Per S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, cit. «la coppia «libertà/responsabilità» diventa un punto di riferimento sempre più importante nell'ambito delle relazioni interpersonali. La disciplina dell'adozione costituisce una esemplificazione molto chiara di questa tendenza: i legami affettivi, la maternità e paternità «sociali», prevalgono sul legame del sangue» p. 224. Come osserva M.R. Marella, *Riproduzione assistita e modelli familiari*, cit. «la questione che si pone nel nuovo millennio non è se preferire la genitorialità sociale o quella genetica, ma come dare adeguato peso alla verità biologica dando al contempo adeguato supporto a chi realmente si occupa del bambino» p. 242. Cfr. pure C. Camardi, *Diritti fondamentali e status della persona*, cit., in particolare pp. 51 ss; D. Ferrari, *Lo statuto giuridico dell'omogenitorialità in Italia e in Europa*, cit.
- 52 E. Ferrara, *Volontà, libertà, biologia nella costruzione giuridica della maternità*, in *Rivista critica del diritto privato*, 4, 2006, pp. 669 ss., cit. p. 677. L'autrice ritiene che il principio di buona fede, migrato dal contratto alle relazioni familiari, ha mostrato «di poter attribuire al consenso, quale atto di assunzione responsabile della genitorialità, il ruolo di valido atto costitutivo dello status filiationis, pur al di fuori di qualunque legame biologico tra genitore e figlio» p. 677.
- 53 Come osserva G. Palmeri, cit., «proprio con riguardo all'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali il criterio-guida che deve orientare è rappresentato dal diritto all'autodeterminazione non potendosi delineare una sorta di Etica di Stato da imporre ai singoli in forza dell'asserita prevalenza di interessi superiori. In presenza, poi, di fattispecie in cui l'esercizio di tali diritti e libertà si riflette nella sfera giuridica di un soggetto terzo, qual è il minore, il bilanciamento deve avvenire tenendo conto dei reali interessi in gioco al fine di giungere ad una soluzione che rifletta nel modo più compiuto l'insieme dei valori e dei principi considerati fondanti per la convivenza civile; il bilanciamento deve cioè avvenire prendendo in considerazione i valori essenziali, tra i quali innanzitutto la dignità, non in via astratta ma contestualizzandoli nelle relazioni in cui questi valori emergono e richiedono riconoscimento e tutela». *Contra* cfr. le osservazioni di G. Berti de Marinis, cit., in particolare pp. 308 ss.
- 54 Il dato pare confermato anche dalle ricerche psicologiche che si sono sviluppate fino a oggi, dalle quali si ricava un forte supporto empirico che esclude la possibilità che il genere o l'orientamento sessuale dei genitori possa danneggiare lo sviluppo dei bambini, poiché ciò che innesca meccanismi di scompenso dipende dal pregiudizio sociale, dalla qualità della relazione genitore-figlio e delle pratiche parentali che se inadeguate o carenti portano all'insorgenza di un disagio psicologico con conseguenti comportamenti disfunzionali: per i dati provenienti anche dalla letteratura scientifica e dagli studi più recenti cfr. I. R. Elia, P. Antonelli, D. Dèttore, *Il parenting nella maternità lesbica: un esempio di ricerca italiana*, in D. Dèttore e A. Parretta (a cura di), *Crescere nelle famiglie omosessuali*, cit., pp. 235 ss. Per ulteriori considerazioni cfr. G. Repetto, *Figli irrimediabili. Le adozioni omoparentali davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit.
- 55 Più problematica appare la circostanza nel quale la coppia committente non abbia alcun legame genetico col minore nato ricorrendo alla maternità surrogata, ove l'interprete non può che muoversi con estrema cautela e constatare il rischio che attraverso tali pratiche si finisca per legittimare una vera e propria compravendita di bambini: cfr. M. Di Masi, cit., e in particolare la nota 68. In una prospettiva di maggior cautela, per vero, si veda la stessa Corte Edu nel caso *D. e altri c. Belgio*, 8.7.2014, ric. 29176/13 (in www.echr.coe.int), ove i giudici di Strasburgo ritengono legittimo il rifiuto delle autorità del Belgio di permettere l'ingresso nel territorio nazionale di un bambino nato da surroga materna in Ucraina, sul presupposto che tale rifiuto è imposto dalla legge penale belga e finalizzato alla tutela di scopi legittimi quali la prevenzione del crimine e, in particolare, la tratta degli esseri umani e la protezione dei diritti della madre surrogata e del minore stesso. Sicché, nel caso *D. e altri c. Belgio*, l'ingerenza nella vita familiare (ex art. 8 CEDU) dei ricorrenti è apparsa alla Corte «nécessaire dans une société démocratique» e come tale rientrante nell'ampio margine di apprezzamento di cui godono gli Stati membri, «surtout lorsque sont en jeu des questions morales ou éthiques délicates». Eppure anche nel caso di completa mancanza di legame biologico tra coppia committente e bambino nato attraverso maternità surrogata, il *best interest* del minore richiede una congrua valutazione non già astratta, ma in concreto, degli interessi coinvolti; valutazione che, in ogni caso, pare non legittimare lo Stato a dare in adozione il

definitiva, il preminente interesse del minore non può che coincidere sempre con la scelta autodeterminativa dei genitori committenti, tanto più quando uno dei due è anche genitore biologico. E ciò, se non altro, perché l'autodeterminazione della coppia committente, sia essa eterosessuale o omosessuale, risulta sempre *pro life*, e i bilanciamenti di interessi da effettuare in concreto devono considerare un nuovo soggetto giuridico, il bambino, nel contesto familiare in cui è stato accolto sin dai primi giorni di vita. Contesto familiare di fatto che risulta essere determinante per lo sviluppo dell'infante e l'identificazione delle figure genitoriali, persino in assenza di un qualsiasi legame biologico⁵⁶.

bambino una volta che è stato accolto nel nucleo familiare dei genitori di intenti: vedi ancora Corte Edu nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit. su cui diffusamente cfr. A. Schuster, *Gestazione per altri e Conv. eur. dir. uomo: l'interesse del minore non deve mai essere un mezzo, ma sempre solo il fine del diritto*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 9, 2015, pp. 834 ss.

56 Come sostenuto dalla Corte Edu nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit.

Chiara Ragni*

Il riconoscimento in Italia dell'adozione del figlio della partner del medesimo sesso alla luce della recente prassi delle corti italiane

Sommario

1. Circolazione degli status familiari e riconoscimento del provvedimento straniero di adozione del figlio della partner del medesimo sesso – 2. La disciplina italiana sul riconoscimento delle adozioni pronunciate all'estero e il controverso inquadramento nella fattispecie dell'adozione internazionale di un provvedimento riguardante soggetti residenti nel medesimo Stato – 3. Sul possibile inquadramento dell'adozione come fattispecie meramente interna allo Stato in cui è stata pronunciata e sulla conseguente esclusione del funzionamento delle norme in materia di adozione internazionale – 4. Il riconoscimento dell'adozione straniera sulla base del regime ordinario previsto dalla l. n. 218/1995 per la circolazione in Italia dei provvedimenti stranieri – 5. *Segue*: L'inquadramento dell'adozione straniera e dei suoi effetti alla luce dei criteri previsti dall'ordinamento italiano – 6. La questione della contrarietà del provvedimento straniero all'ordine pubblico e la necessità di tenere conto del superiore interesse del minore nell'applicazione ed interpretazione del limite.

Abstract

L'eterogeneità normativa che caratterizza la disciplina interna dei rapporti familiari, significativamente condizionata dai principi etico-morali e dalle tradizioni culturali e religiose, ha spesso come effetto quello di ostacolare, o quantomeno di limitare, il riconoscimento nello Stato di rapporti instaurati altrove ai sensi di una legge straniera, in considerazione della loro contrarietà all'ordine pubblico ovvero per la mancata previsione di istituti giuridici ad essi assimilabili nei quali poterli inquadrare. Il risultato cui tale situazione dà luogo è il prodursi di rapporti c.d. claudicanti, che, oltre a non essere desiderabili in virtù di un principio di certezza giuridica, si pongono in contrasto con valori internazionalmente protetti nell'ambito del sistema di tutela dei diritti umani. In particolare, la negazione di qualunque efficacia a un provvedimento estero di adozione pronunciato a favore di una donna nei confronti della figlia della propria partner omosessuale, dovuta alla impossibilità di riconoscere in Italia il matrimonio fra persone del medesimo sesso, si pone in contrasto che l'interesse del minore a vedere tutelati i propri legami familiari e il proprio status personale. Tale questione è oggetto dell'ordinanza, con cui il Tribunale di Bologna ha sollevato eccezione di legittimità costituzionale in relazione alle norme italiane in materia di adozione, le quali non permetterebbero, secondo l'interpretazione dei giudici bolognesi, di tenere conto dell'interesse del minore in una decisione, come quella relativa al riconoscimento di una second-parent adoption straniera, che evidentemente lo riguarda. La soluzione proposta dall'autore segue un diverso ragionamento, che muove anzitutto da un differente inquadramento delle norme applicabili alla fattispecie e conduce, attraverso una interpretazione costituzionalmente orientata delle medesime, e soprattutto del limite dell'ordine pubblico, al risultato di ritenere possibile il riconoscimento dello status di figlio derivante da istituti sconosciuti al nostro ordinamento, quando ciò non violi i nostri principi fondamentali, ma soprattutto si riveli compatibile al primario interesse del minore a vedere mantenuti i propri status familiari.

* Associato di diritto internazionale, Università di Milano. Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

Large-scale differences among national legal systems in the field of family law may have as its main effect the fact that a status, though validly acquired abroad under the rules of one state, cannot be recognized as valid in another, because of the public policy exception or of characterization problems; this result is not only undesirable, but it can also amount to a violation of human rights. The refusal to give effect to the foreign adoption of a child by the same-sex married partner of her mother, due to the obstacles which oppose to the circulation of same-sex marriages in countries like Italy, where only heterosexual relationships are legally recognized, may therefore jeopardize the best interest of the child to have her family ties and her identity safeguarded. By an order issued by the Youth Court of Bologna, the Italian Constitutional Court was asked to decide whether the impossibility to take into account the best interest of the child, when pronouncing on the recognition of a decision regarding her status, may amount to a violation of Italian Constitution. Starting from the order, the author suggests to take a different approach as regards the identification of the relevant norms regarding the recognition in Italy of adoptions performed abroad; the proposed reasoning leads to the conclusion that, according to a human rights and constitutional oriented interpretation of Italian rules, the recognition of the legal parentage deriving from a second same-sex parent adoption should be allowed in the case where this result is consistent with the best interest of the child.

1. Circolazione degli status familiari e riconoscimento del provvedimento straniero di adozione del figlio della partner del medesimo sesso

L'eterogeneità normativa che caratterizza la disciplina interna dei rapporti familiari, significativamente condizionata dai principi etico-morali e dalle tradizioni culturali e religiose, ha spesso come effetto quello di ostacolare, o quantomeno di limitare, la libera circolazione delle persone, che si trovano sempre più frequentemente indotte a condizionare le proprie scelte di vita in funzione della maggiore o minore tutela garantita alle proprie situazioni personali e familiari. È nell'ambito di tali questioni, di carattere più generale, che si inserisce il problema del mancato riconoscimento nello Stato di rapporti instaurati altrove ai sensi di una legge straniera, in considerazione della loro contrarietà all'ordine pubblico ovvero per la mancata previsione di istituti giuridici ad essi assimilabili nei quali poterli inquadrare¹.

Si pensi ad esempio al caso dei matrimoni tra persone del medesimo sesso: previsti e disciplinati dalla legislazione di alcuni Stati, essi non trovano tutela in altri, nei quali, come ad esempio avviene in Italia, il riconoscimento di tali rapporti, nel caso in cui questi siano stati regolarmente costituiti all'estero, viene negato, con il conseguente prodursi di rapporti c.d. claudicanti, esistenti in un ordinamento e privi di efficacia in un altro². Problemi analoghi si verificano, come testimoniato dalla prassi, anche nel caso di relazioni parentali costituite sulla base di atti o provvedimenti, adottati secondo istituti idonei a fungere da presupposto per la costituzione di rapporti di filiazione legittima, cui venga negata, nello

- 1 Sul problema della circolazione di situazioni personali o familiari cfr. R. Baratta, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, in *Recueil des cours*, 2010, p. 255 ss.; P. Picone, *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti*, in *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, P. Picone (a cura di), Padova, Cedam, 2004, p. 485 ss., p. 517 ss.; L. Tomasi, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea tra mercato interno e spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Padova, Cedam, 2007; R. Cafari Panico, *Lo stato civile ed il diritto internazionale privato*, Padova, Cedam, 1992, p. 7 ss. Va peraltro segnalato che nel contesto dell'Unione europea, a partire dalla prassi della Corte di giustizia in materia di riconoscimento del nome, secondo una parte significativa della dottrina, si starebbe affermando un obbligo di mutuo riconoscimento degli status personali e familiari, come espressione di alcuni fondamentali principi, quali in particolare la libertà di circolazione, con possibili implicazioni anche in materia di adozione. Cfr. Corte di giustizia Ue, 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Garcia Avello*, in *Racc.*, 2003, p. I-11613 su cui si vedano i commenti di T. Ballarino, B. Ubetazzi, *On Avello and Other Judgments: A New Point of Departure in the Conflict of Laws?*, in *Yearbook of Private International Law*, 2004, p. 85 ss.; P. Lagarde, in *Revue critique*, 2004, p. 192 ss.; Corte di giustizia, 14 ottobre 2008, causa C-356/06, *Grunkin Paul*, su cui cfr. M. Lehmann, *What's in a Name? Grunkin-Paul and Beyond*, in *Yearbook of Private international Law*, 2008, p. 135 ss. Sulle implicazioni di queste decisioni e più in generale sull'esistenza di tale principio non scritto nel diritto dell'Unione europea v. R. Baratta, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2004, spec. 213 ss.; Id., *Verso la "comunitarizzazione" dei principi fondamentali del diritto di famiglia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, p. 573 ss.; G. Rossolillo, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Padova, Cedam, 2002.
- 2 Sullo specifico tema del riconoscimento dei matrimoni omosessuali in Stati che non li prevedono cfr. N. Boschiero, *Les couples homosexuels à l'épreuve du droit international privé italien*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, pp. 50-132; G. Biagioni, *On Recognition of Foreign Same-Sex Marriages and Partnerships*, in *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino (eds.), Berlino, Springer, 2013, p. 359 ss., in specie p. 363; Id., *La trascrizione dei matrimoni same-sex conclusi all'estero nel recente provvedimento del Tribunale di Grosseto*, in questa *Rivista*, 2014, II, p. 195 ss.

Stato chiamato a riconoscerli, qualunque efficacia o cui siano attribuiti effetti più circoscritti rispetto a quelli da essi prodotti in origine.

Tali questioni sono state oggetto in Italia di un consistente numero di decisioni relative al riconoscimento di adozioni straniere – e più in particolare di quelle riguardanti soggetti minorenni – perfezionatesi all'estero sulla base di criteri diversi, ed in molti casi incompatibili, rispetto a quelli previsti dalla legislazione italiana. Il problema, che si è anzitutto posto soprattutto con riguardo all'adozione pronunciata a favore di persone singole³, riguarda oggi un più ampio numero di ipotesi, in parte sempre riconducibili al tema della idoneità degli aspiranti genitori all'adozione; si pensi ai casi delle coppie non sposate o di quelle formati da coniugi del medesimo sesso, a favore delle quali è possibile, secondo alcune legislazioni, disporre provvedimenti di adozione con effetti legittimanti, il cui riconoscimento in Stati, che non ammettono tale possibilità, risulta particolarmente difficoltoso. I problemi descritti trovano ampio riscontro sia nella giurisprudenza interna, che in quella più recente della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di riconoscimento degli status acquisiti all'estero⁴.

L'ordinanza con cui, il 10 novembre 2014, il Tribunale per i minorenni di Bologna, ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli articoli 35 e 36 della legge 4 maggio 1983 n. 184, recante la «Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori» (l. adoz.)⁵, nella parte in cui essi «come interpretati secondo il diritto vivente, non consentono al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore adottato il riconoscimento della sentenza straniera che abbia pronunciato la sua adozione in favore del coniuge del genitore, a prescindere dal fatto che il matrimonio abbia prodotto effetti in Italia» si inquadra precisamente nel contesto di tali problemi⁶.

Si trattava nella specie del caso di due donne (cittadine americane), conviventi da venti anni e sposate nel 2013 nello Stato di Washington, madri biologiche (tramite inseminazione artificiale da donatore anonimo) di due minori (anch'essi cittadini statunitensi), le quali, nel 2004, avevano ciascuna ottenuto negli Stati Uniti la pronuncia da parte del Tribunale dell'Oregon di un provvedimento favorevole all'adozione piena del figlio biologico dell'altra, in applicazione dell'istituto della c.d. *second parent adoption*⁷,

3 Cfr. Corte di cassazione civile, sentenza 21 luglio 1995, n. 7950 (su cui v. F. Pietrangeli, *L'adozione del singolo, la Convenzione di Strasburgo del 24 aprile 1967 e la legislazione vigente: critica ad una recente sentenza della Corte di cassazione*, in *Foro italiano*, 1996, I, c. 627 ss.; L. Pineschi, *L'adozione da parte di persona singola: obblighi internazionali e profili internazionalprivatistici*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1996, p. 313 ss.; C. Ragni, *Adoption*, in *Clunet*, 2006, p. 1042 ss.). In tale sentenza, che ha chiuso la nota vicenda *Di Lazzaro*, la Corte ha negato il carattere *self-executing* dell'art. 6 della Convenzione di Strasburgo del 1967, nella parte in cui dà facoltà agli Stati contraenti di permettere l'adozione da parte di un *single*. Ricordiamo che in Italia è comunque possibile la pronuncia di un'adozione non legittimante da parte di un singolo nei casi dell'art. 44 della legge n. 184/1983 (cfr. *infra*, nota 5). La norma è applicabile anche qualora si versi in un caso di adozione internazionale da parte di persona singola, secondo quanto emerge dalla recente giurisprudenza (Corte costituzionale, ordinanza 29 luglio 2005 n. 347; Corte di cassazione, sentenza del 18 marzo 2006 n. 6078; nonché, da ultimo, sentenza del 14 febbraio 2011 n. 3572; *contra* la recentissima sentenza adottata dal Tribunale per i minorenni di Bologna del 17 aprile 2013, in cui per la prima volta sono stati attribuiti, in fase di riconoscimento, effetti legittimanti a una sentenza di adozione da parte di persona singola. Il testo della sentenza può leggersi in *Articolo29*, www.articolo29.it e in *Diritto Civile Contemporaneo*, www.diritto civile contemporaneo.com, 2014 con nota di M. Astone).

4 Cfr. Corte Eedu, sentenza del 6 maggio 2004, ricorso n. 76240/01, *Hussin c. Belgio*; sentenza del 28 giugno 2007, ricorso n. 76240/01, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, su cui si vedano C.E. Tuo, *Riconoscimento degli effetti delle adozioni straniere e rispetto delle diversità culturali*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 43 ss., nonché P. Pirrone, *Limiti e "controlimiti" alla circolazione dei giudicati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Wagner*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, p. 151 ss.; sentenza del 3 maggio 2011, ricorso n. 5659/08, *Negropontis-Giannisis c. Grecia*, su cui cfr. il contributo di P. Franzina, *Some remarks on the relevance of Article 8 of the ECHR to the recognition of family status judicially created abroad*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 609 ss.; Corte EDU, sentenza del 27 gennaio 2015, ricorso n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, su cui si veda M. Distefano, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile puzzle da ricomporre*, in questa *Rivista*, 2015, I, p. 160 ss. Più in generale sull'argomento cfr. P. Kinsch, *Private International Law Topics Before the European Court of Human Rights*, in *Yearbook of Private International Law*, 2011, p. 37 ss.; T. Schilling, *The Enforcement of Foreign Judgments in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2012, p. 545 ss.

5 La legge, che è pubblicata nella G.U., n. 133 del 17 maggio 1983, è stata oggetto, nel tempo, di diverse riforme (cfr. *infra*, nota 18), tra le quali, per i problemi di cui si tratta, merita qui di essere almeno menzionata la più recente, attuata con la legge 19 ottobre 2015 n. 173 (in G.U., n.252 del 29 ottobre 2015), recante «Modifiche alla legge 4 maggio 1983 n. 184, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affidamento familiare», la quale ha sostanzialmente introdotto una sorta di «corsia preferenziale» per le adozioni da parte delle famiglie che hanno in affidamento minori, tenuto conto dei significativi legami affettivi e del rapporto stabile e duraturo consolidatosi tra gli affidatari e il minore.

6 Tribunale per i minorenni di Bologna, ordinanza del 10 novembre 2014, in questa *Rivista*, 2015, I, p. 309.

7 La c.d. *second parent adoption* è un istituto previsto o riconosciuto in alcuni degli ordinamenti degli Stati Uniti, dove si prevede la possibilità di adottare il figlio (o la figlia) del proprio (o della propria) partner, a prescindere dell'esistenza di un legame

che consente l'adozione legittimante senza contestualmente recidere i legami parentali con la famiglia di origine. A seguito del trasferimento in Italia, una delle due donne, cittadina anche italiana per discendenza, chiedeva il riconoscimento del provvedimento di adozione del figlio della moglie; domanda questa in relazione al cui accoglimento il Pubblico ministero si esprimeva in senso contrario, facendo valere l'impossibilità di applicare alla specie l'art. 44, co. 1, lett. b) della legge n. 184/1983, che, tra le ipotesi in cui può farsi luogo in Italia all'adozione semplice, ovvero produttiva, sul piano giuridico, di effetti significativamente più circoscritti, rispetto a quella piena, soprattutto per ciò che concerne la conservazione da un lato del legame tra il minore e la famiglia di origine, nonché, dall'altro, del mancato prodursi di rapporti di tipo familiare tra l'adottato e i parenti dell'adottante, disciplina il caso in cui la domanda provenga dal coniuge del genitore (c.d. adozione co-parentale)⁸; l'argomento a supporto di tale affermazione riguardava essenzialmente l'inidoneità del matrimonio tra le due donne, in quanto contratto tra persone del medesimo sesso, a produrre effetti in Italia, almeno secondo l'attuale assetto normativo⁹.

Il ragionamento, che peraltro sembra guidare anche il Tribunale dei minorenni, laddove esso si sofferma anzitutto a dimostrare la non contrarietà dell'unione omosessuale con il nostro ordine pubblico, non tiene però conto del fatto che l'adozione di cui si discute era stata pronunciata prima della celebrazione del matrimonio e quindi in un momento in cui la ricorrente, pur convivendo formalmente con la propria compagna, non aveva stipulato con questa alcun legame coniugale. Con la conseguenza, a nostro avviso, che il provvedimento *de quo*, a prescindere dalla validità del rapporto instaurato all'estero, pone anzitutto un problema di inquadramento giuridico nella categoria dell'adozione co-parentale, solo in parte superabile mediante una interpretazione estensiva della norma, che, per quanto oggi ammessa in un numero limitatissimo di casi¹⁰, resta ancora molto controversa, come peraltro sembra potersi evincere dall'acceso dibattito che, nel momento in cui si scrive, sta interessando, proprio con riguardo alla c.d. *step-child adoption*, la proposte legislative sulla istituzione delle unioni civili¹¹.

A prescindere dalle questioni riguardanti i profili sostanziali del caso, per il cui approfondimento si rimanda ai paragrafi che seguono, secondo il Tribunale per i minorenni di Bologna la richiesta formulata dalla ricorrente si scontra con i limiti posti dal nostro ordinamento che, pur criticabile sotto questo profilo, non permette — al momento — di dare efficacia in Italia al matrimonio omosessuale contratto all'estero; con la conseguenza che l'adozione straniera mancherebbe di uno dei fondamentali presupposti per potere essere qualificata come adozione co-parentale.

Muovendo da tale premessa, i giudici bolognesi osservano che il mancato riconoscimento del provvedimento adottato dal Tribunale dell'Oregon, contrasterebbe con alcune norme costituzionali di fondamentale importanza: con l'art. 2 anzitutto, che garantisce e tutela i diritti dell'uomo sia come singolo che nell'ambito delle formazioni sociali in cui si esplica la personalità dell'individuo, nelle quali, secondo la giurisprudenza della Corte Costituzionale, devono senz'altro annoverarsi le unioni *same-sex*¹²; con l'art. 3 Cost. per l'evidente discriminazione che si realizza nei confronti delle coppie omosessuali; con

coniugale e dalla diversità di sesso del genitore e dell'aspirante tale, senza che ciò comporti il venire meno del rapporto genitoriale tra il/la minore e il genitore biologico. Per un approfondimento cfr. E. C. Patt, *Second Parent Adoption: When Crossing the Marital Barrier Is in a Child's Best Interests*, in *Berkeley Women's Law Journal*, 2013, p. 96 ss.

- 8 L'adozione semplice, c.d. *minus plena*, è consentita, sulla base dell'art. 44 l. adoz., soltanto in alcuni «casi particolari» tassativamente previsti, quali l'adozione del minore orfano da parte di parenti o di persone prossime (co. 1 lett. a) o, nel caso del bambino con particolari handicap, previsto dall'art. 44 co. 1 lett. c, anche da soggetti diversi; l'adozione da parte del coniuge di uno dei genitori (co. 1 lett. b); nel caso di constatata impossibilità di affidamento preadottivo (co. 1 lett. d).
- 9 Sembra al riguardo opportuno ricordare che la legislazione italiana prevede due tipologie di adozione: quella piena o legittimante, che, pronunciabile solo a favore di coppie unite in matrimonio, ha come conseguenza quella di costituire, a tutti gli effetti, un rapporto di filiazione tra gli adottandi e l'adottato, con la contestuale rescissione dei legami tra questi e la propria famiglia naturale; l'adozione c.d. «in casi particolari», che può essere disposta, con effetti più limitati, anche nei confronti di persone singole, ma soltanto nei casi tassativi previsti dalla disciplina speciale sull'adozione.
- 10 Va a questo proposito segnalato che in una emblematica sentenza pronunciata il 31 luglio 2014 in un caso molto simile a quello in commento, il Tribunale per i minorenni di Roma ha accolto la richiesta di una madre sociale di adottare la figlia biologica della propria convivente, ritenendo la fattispecie riconducibile al disposto di cui all'art. 44 comma 1, lett. d) della legge n. 184/1983, che consente al minore di essere adottato «quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo» (cfr., su tale pronuncia, il commento di A. Sperti, *La tutela del superiore interesse del minore alla luce dei principi costituzionali e del diritto costituzionale comparato nell'adozione del secondo genitore*, in questa Rivista, 2015, I, p. 236 ss.). Nel medesimo senso, più di recente, v. Tribunale per i minorenni di Roma, 22 ottobre 2015, in *Articolo29*, www.articolo29.it.
- 11 Il riferimento è al controverso art. 5 del disegno di legge sulle unioni civili (c.d. d.d.l. Cirinnà), che sarà oggetto di esame da parte del Parlamento italiano a partire dal 2016.
- 12 Corte costituzionale, sentenza del 15 aprile 2010 n. 138, par. 8 della motivazione.

l'art. 30 e con l'art. 117 Cost., i quali tutelano l'interesse del minore nell'ambito della famiglia, il primo in modo diretto ed il secondo attraverso il richiamo agli obblighi internazionali gravanti sullo Stato in seguito alla sua adesione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il mancato riconoscimento del provvedimento adottivo avrebbe infatti come inevitabile conseguenza quella di recidere, almeno formalmente, il legame familiare esistente tra la bambina e la compagna della madre, in contrasto peraltro con la volontà manifestata da entrambe, di conservare il rapporto di filiazione venutosi a creare per effetto della decisione dei giudici statunitensi. A questo riguardo, la Corte europea dei diritti dell'uomo, la cui giurisprudenza è ampiamente citata nell'ordinanza di rimessione, ha più volte ribadito che l'art. 8 CEDU implica l'obbligo di garantire la sopravvivenza dei rapporti giuridici o di fatto, attestanti l'esistenza di una vita familiare¹³, nozione questa che comprende anche le coppie omosessuali¹⁴, a meno che non ricorra la necessità di salvaguardare interessi pubblici di importanza fondamentale per lo Stato. In tale caso la portata dei diritti potrà essere limitata, secondo il margine di apprezzamento di cui le autorità nazionali dispongono in materia, purché nel rispetto dei limiti della proporzionalità e della necessità.

2. La disciplina italiana sul riconoscimento delle adozioni pronunciate all'estero e il controverso inquadramento nella fattispecie dell'adozione internazionale di un provvedimento riguardante soggetti residenti nel medesimo Stato

La prima questione che l'ordinanza affronta riguarda l'inquadramento delle norme che nel nostro ordinamento regolano il riconoscimento delle adozioni pronunciate all'estero e l'individuazione dei criteri applicabili nel caso in oggetto¹⁵. La materia in Italia è sottoposta a un duplice regime, secondo quanto stabilito dall'art. 41 della legge 31 maggio 1995 n. 218. Da un lato, al 1° co., la norma rinvia agli artt. 64, 65 e 66 della medesima legge, senza peraltro porre alcuna distinzione tra i criteri richiamati; dall'altro, al 2° co., essa fa salva l'applicazione delle leggi speciali in materia di adozione di minori¹⁶. Il riferimento riguarda la legge n. 184/1983, che include una compiuta disciplina della materia, la quale, a partire dalla sua entrata in vigore, è stata peraltro oggetto di alcune modifiche. Tra queste, ai fini del presente lavoro, è anzitutto opportuno ricordare quelle introdotte dalla legge 31 dicembre 1998 n. 476, la quale, oltre ad autorizzare la ratifica (art. 1) e a dare piena esecuzione (art. 2) alla Convenzione dell'Aja del 29 maggio

13 Per una rassegna della prassi in materia cfr. *supra* nota 4.

14 Corte EDU, sentenza del 24 giugno 2010, ricorso n. 30141/04, *Schalk e Kopf c. Austria* (spec. par. 94), su cui v. C. Ragni, *La tutela delle coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo: Schalk e Kopf c. Austria*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 239 ss.; M. Winkler, *Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della Corte di Strasburgo*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, p. 1337 ss.

15 Per una recente analisi delle norme che rilevano in materia cfr. C. E. Tuo, *Il riconoscimento dei provvedimenti di adozione stranieri*, in A. Cagnazzo, F. Preite, V. Tagliaferri *Il nuovo diritto di famiglia - Profili sostanziali, processuali e notarili*, vol. IV, *Tematiche di interesse notarile - Profili internazionalprivatistici*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 1171 ss.

16 Cfr. T. Ballarino, *Diritto internazionale privato*, 3a ed. (con la collaborazione di Bonomi), Padova, Cedam, 1999, p. 475 ss.; A. Bonomi, *La disciplina dell'adozione internazionale dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto civile*, 1996, pp. 355-386; F. Pietrangeli, *Richiamo internazionalprivatistico e applicazione del diritto del foro nella costituzione delle adozioni di minori secondo la legge di riforma*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1997, pp. 557-590; R. Cafari Panico, *Considerazioni sulla nuova adozione internazionale*, *ivi*, 2001, p. 885 ss.; M. Franchi, in *Commentario alla Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato* (a cura di S. Bariatti), in *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, p. 1202 ss.; A. Beghè Loreti, *Adozione internazionale*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, I, Milano, Giuffrè, 1997, p. 43 ss.; P. Picone, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, Cedam, 1998, p. 463 ss.; P. Morozzo della Rocca, *La riforma dell'adozione internazionale. Commento alla legge 476/98*, Torino, UTET, 1999; Id. (ed.), *Le nuove regole delle adozioni*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002; L. Pine-schi, *L'adozione nel diritto internazionale privato*, in *Trattato Zatti*, vol. II, *Filiazione*, Milano, Giuffrè, p. 903ss.; Tonolo, *Commento degli artt. 38-41*, in *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, G. Conetti, S. Tonolo, F. Vismara (a cura di), 153 ss.; F. Mosconi, C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale*, II, Torino, UTET, 2014, 207 ss.

1993 sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale¹⁷, ha sostituito, al fine di dare attuazione al regime da essa previsto, le regole previgenti in materia¹⁸.

Alla luce del quadro normativo descritto, si tratta quindi anzitutto di stabilire, stando all'orientamento prevalente sia in dottrina che nella giurisprudenza¹⁹, se la fattispecie rientra in una delle ipotesi previste dalla l. adoz., applicandosi in caso contrario le norme generali in materia di riconoscimento di provvedimenti stranieri²⁰. Va al riguardo premesso che la legge riguarda la sola adozione dei minori (applicandosi quindi il regime ordinario per quella delle persone maggiorenni) e disciplina sia le situazioni meramente interne, sia, come detto, quelle aventi carattere internazionale. Quanto a queste ultime, essa distingue, rispettivamente agli articoli 35 e 36, a seconda che si tratti o meno di una decisione emessa in un Paese aderente alla Convenzione dell'Aja del 1993.

L'art. 35 prevede che, perché un provvedimento di adozione pronunciato all'estero possa produrre in Italia gli effetti di cui all'art. 27 della medesima legge n. 184 del 1983, ovvero l'acquisto da parte dell'adottato dello *status* di figlio²¹, è necessario che l'autorità competente, ovvero il Tribunale per i minorenni, svolga un'accurata indagine sulla sussistenza delle condizioni richieste dall'art. 4 della Convenzione dell'Aja del 1993. Si tratta in particolare di accertare lo stato di adottabilità del minore, che l'adozione internazionale corrisponda al suo interesse, che infine siano stati acquisiti i consensi necessari, compreso quello dell'adottando, laddove il suo stato di maturità ne renda opportuno l'ascolto. La competenza a verificare la idoneità all'adozione degli aspiranti genitori spetta invece autorità dello Stato di accoglienza (art. 5 della Convenzione). Qualora la verifica circa il rispetto di tali condizioni abbia dato esito positivo e il procedimento si sia svolto secondo le modalità stabilite dalle norme convenzionali, il provvedimento adottato nello Stato di residenza del minore, munito di un certificato di conformità,

17 Per un'analisi critica della Convenzione cfr. N. Meyer-Fabre, *La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, in *Revue critique*, 1994, pp. 259-295; A. Germanò, *L'adozione internazionale dalla legge 4 maggio 1983, n. 184 alla Convenzione de L'Aja del 29 maggio 1993*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1995, p. 1566 ss.

18 La legge 31 dicembre 1998 n. 476, di autorizzazione alla «Ratifica ed esecuzione della convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, fatta a L'Aja il 29 maggio 1993» (su cui di vedano R. Cafari Panico, *Considerazioni sulla nuova adozione internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2001, p. 885 ss.; P. Morozzo della Rocca, *La riforma, cit.*; Id. (a cura di), *Le nuove regole delle adozioni*, Napoli, 2002) ha novellato, come detto, la legge n. 183 del 1984, la quale è stata in seguito a sua volta modificata dalla legge 28 marzo 2001 n. 149, nonché, più di recente, dalla già citata legge n. 173/2015 (v. *supra*, nota 5).

19 Cfr. T. Ballarino, *Diritto internazionale privato*, Padova, Cedam, 1999, p. 490, secondo cui il principio enunciato all'art. 41, 1° co. (quello della riconoscibilità delle adozioni ex artt. 64-66 della legge n. 218/1995) «è in realtà l'eccezione, mentre l'eccezione del secondo comma costituisce la regola».

20 Cfr. A. Bonomi, *op. cit.*, p. 380, secondo cui: «la particolare procedura prevista dalla legge n. 184/1983 prevale sul riconoscimento automatico degli artt. 64 ss., il quale potrà operare soltanto nei casi in cui gli artt. 32 e 33 l. adoz. (oggi 35 e 36, n.d.r.) non vogliono applicarsi». Si veda altresì la dottrina ivi citata. La prevalenza della l. adoz. sui meccanismi di riconoscimento previsti dalla legge n. 218/1995 è stata confermata nella prassi dalla già citata sentenza della Cassazione n. 1155/2004, che sottolinea il perdurare, in questa materia, della competenza «funzionale» del Tribunale dei minorenni. Secondo questa giurisprudenza deve quindi ritenersi esclusa la competenza generale della Corte d'Appello in tema di deliberazione di sentenze straniere (*contra* Tribunale per i minorenni di Bari, 16 aprile 2008 nel caso di un minore italiano adottato all'estero da genitori stranieri; nonché, più di recente, Tribunale per i minorenni di Bologna, 10 novembre 2014) e ciò sia che si tratti del riconoscimento di un'adozione legittimante sia che si versi nella differente ipotesi di un'adozione non legittimante (così Corte di Cassazione, sentenza dell'11 marzo 2006 n. 5376). La prevalenza della l. adoz. sui meccanismi di riconoscimento previsti dalla legge n. 218/1995 è stata inoltre espressamente ribadita dalla Cassazione (v. sentenza del 18 marzo 2006 n. 6079, nonché, più di recente, la sentenza del 23 settembre 2011 n. 19450, la quale ha escluso l'applicazione ai provvedimenti in materia di adozione della regola dell'immediato e automatico riconoscimento di cui agli artt. 64 ss., essendo essi soggetti alla disciplina contenuta nell'art. 36, 2° co., della l. adoz. che si ispira a principi diversi).

21 La Convenzione dell'Aja del 1993 distingue, in realtà, le adozioni che hanno come effetto quello della interruzione dei legami parentali fra l'adottato e la famiglia di origine e quelle inidonee a produrre tale risultato. Ai sensi dell'ordinamento italiano rientrano, come detto, nella prima categoria le sole adozioni piene. Va a questo riguardo opportunamente segnalato che, prima dell'approvazione della legge 10 dicembre 2012 n. 219, recante «Disposizioni in materia di riconoscimento di figli naturali» (in G.U., n. 293 del 17 dicembre 2012), era previsto che l'adozione piena avesse come effetto quello dell'acquisizione, in capo all'adottato, dello *status* di figlio *legittimo*, espressione questa il cui utilizzo è tuttavia ad oggi reso del tutto improprio data la previsione, ad opera della normativa citata, della «unicità dello *status* giuridico di figlio». Permangono invece, nonostante la riforma, le differenze esistenti tra l'adozione piena e quella semplice, per quanto concerne gli effetti che esse producono sui rapporti tra adottanti e adottato. Sulla legge n. 219/2012 e sul suo impatto sulla regolamentazione del diritto internazionale privato in materia di filiazione, compresi i profili riguardanti l'adozione di minori, si veda E. Bergamini, *Problemi di diritto internazionale privato collegati alla riforma dello status di figlio e questioni aperte*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2015, p. 315 ss.

non solo viene trascritto, previo ordine del Tribunale per minorenni nel registro dello stato civile, ma viene automaticamente riconosciuto *de plein droit* in tutti gli Stati parte della Convenzione, salvo che vi si oppongano ragioni di manifesta contrarietà all'ordine pubblico, tenuto conto dell'interesse del minore (art. 24). Requisito quest'ultimo che in Italia, ai sensi della l. adoz., risulta soddisfatto qualora il provvedimento straniero non contrasti con «i principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori, valutati in relazione al superiore interesse del minore» (art. 35, 3° co., l. adoz.).

Controlli ancora più stringenti sono poi previsti dall'art. 36 l. adoz. nel caso in cui si tratti di decisioni provenienti da Paesi che non sono parti della Convenzione dell'Aja del 1993 e che non abbiano stipulato accordi bilaterali che si pongano nello spirito delle regole da essa stabilite; la norma prevede infatti che in tali casi il giudice debba compiere una indagine approfondita circa la sussistenza di tutti i presupposti richiesti perché si possa dare seguito all'adozione, tra i quali anzitutto «lo stato di abbandono del minore straniero o il consenso dei genitori naturali ad una adozione che determini per il minore adottato l'acquisizione dello stato di figlio legittimo degli adottanti e la cessazione dei rapporti giuridici fra il minore e la famiglia d'origine». Condizione questa che, per quanto non espressamente menzionata nell'art. 35, sembrerebbe implicita anche nella sua formulazione. Si deve pertanto ritenere che, ai sensi della legge italiana, il riconoscimento della decisione straniera, ai fini del perfezionamento di una procedura di adozione internazionale, comporti necessariamente che questa sia di per sé idonea a produrre effetti legittimanti — ivi incluso il venire meno di qualunque legame tra il minore e la propria famiglia di origine — o che sia convertibile in un provvedimento suscettibile di produrre il medesimo risultato. Tale conclusione trova peraltro conferma nel medesimo art. 35, il quale, al co. 6, lett. c), prevede che non possa essere in ogni caso ordinata la trascrizione di rapporti costituiti all'estero, qualora non ne sia possibile la conversione in un'adozione piena. Norma questa che, nel dare attuazione all'art. 27 della Convenzione dell'Aja, che ammette tale possibilità, sembrerebbe a nostro avviso non contemplare l'ipotesi, anch'essa tuttavia prevista dalla Convenzione, che l'adozione pronunciata all'estero, anche qualora improduttiva, nello Stato ove è stata emessa, dell'effetto di recidere il legame tra il minore e la famiglia di origine, possa comunque, nonostante l'impossibilità di far luogo alla conversione, trovare riconoscimento nel Paese d'accoglienza, nel caso in cui esso preveda istituti analoghi e ricorrano le condizioni perché questi si applichino.

Per quanto il Tribunale per i minorenni di Bologna non ne faccia menzione, ai fini del ragionamento si ritiene quindi necessario stabilire se il caso di cui si discute rientri o meno nel campo di applicazione della Convenzione dell'Aja, trattandosi, nella specie, di una vicenda, che interessa due Paesi, l'Italia e gli Stati Uniti, che ne sono entrambi parte²², ed essendo, come tale riconducibile, quantomeno in via di principio, al primo degli articoli citati. Considerato che la Convenzione, per sua espressa previsione (art. 1), disciplina soltanto le fattispecie in cui un minore con residenza abituale in uno Stato contraente è stato o dev'essere spostato in un altro Stato contraente, dopo essere stato (o al fine di essere) adottato da persone che ivi risiedono abitualmente, ci pare che si debba senz'altro escludere non solo che l'ipotesi in esame sia riconducibile a tale schema, ma anche che essa possa, più in generale, essere inquadrata come un'adozione internazionale. La fattispecie quindi, pur esulando dalle regole stabilite per le adozioni riguardanti Paesi che non siano membri della Convenzione, comprese nei primi tre commi dell'art. 36, fuoriesce senz'altro anche dall'ambito di operatività dell'art. 35.

3. Sul possibile inquadramento dell'adozione come fattispecie meramente interna allo Stato in cui è stata pronunciata e sulla conseguente esclusione del funzionamento delle norme in materia di adozione internazionale

Al di fuori dal quadro descritto, resta quindi da considerare la diversa ipotesi, contemplata dall'art. 36, ult. co., dell'«adozione pronunciata dalla competente autorità di un Paese straniero a istanza di cittadini italiani, che dimostrino al momento della pronuncia di aver soggiornato continuativamente nello stesso e di avervi avuto la residenza da almeno due anni». Secondo quanto stabilito dalla norma, essa «viene riconosciuta ad ogni effetto in Italia con provvedimento del tribunale per i minorenni, purché conforme ai principi della Convenzione». Si tratta, come correttamente evidenziato in dottrina, di un caso

22 Gli Stati Uniti hanno firmato la convenzione dell'Aja del 1993 il 31 marzo 1994 e vi hanno aderito il 12 dicembre 2007, con la conseguenza che essa deve ritenersi senz'altro operante nei rapporti tra tale Stato e l'Italia.

che esula dallo schema classico dell'adozione internazionale²³, concretandosi piuttosto in una situazione formalmente e sostanzialmente interna al Paese in cui si è perfezionata²⁴, in relazione alla quale, in considerazione del legame esistente con il nostro ordinamento, sia in virtù della cittadinanza degli aspiranti genitori che in forza della loro richiesta di ottenere il riconoscimento in Italia dell'adozione pronunciata all'estero, è necessario garantire, a tutela dell'interesse del minore, che le condizioni poste dalla normativa internazionale siano comunque rispettate. Se tuttavia i principi convenzionali vengono applicati in tale contesto non tanto in funzione del loro ambito, quanto piuttosto in considerazione del loro contenuto (non è casuale — a nostro avviso — l'inserimento di una previsione come quella di cui si discute, proprio nella norma destinata a regolare i casi in cui il provvedimento di adozione provenga da un Paese non membro della Convenzione, né di qualunque altro accordo internazionale che disciplini la materia), si potrebbe ritenere che il rinvio operato dall'art. 36, co. 4 abbia carattere materiale e non formale²⁵, in quanto funzionale ad estendere l'applicazione di certe norme della Convenzione a fattispecie non contemplate, come testimonia appunto il riferimento ad essa per la disciplina di un caso che, secondo consolidata dottrina, non può qualificarsi come adozione internazionale²⁶. Svolta questa premessa, occorre pertanto verificare se la fattispecie in esame rientri nell'ipotesi prevista dalla norma e se, in caso di risposta affermativa, essa soddisfi le condizioni poste dalla Convenzione dell'Aja del 1993, richiamate appunto dall'art. 36, co. 4, per la cui individuazione si rimanda a quanto già detto²⁷. Problema questo che si pone, date le evidenti analogie tra il caso in oggetto e l'ipotesi disciplinata dalla norma, avendo l'aspirante madre e la minore risieduto negli Stati Uniti, Paese di cui entrambe hanno la nazionalità, per un significativo periodo di tempo, certamente superiore ai due anni, ed essendosi l'adozione perfezionata nello Stato della comune residenza; in secondo luogo, seppure tale elemento non sia espressamente ricavabile dal testo dell'ordinanza, sembrerebbe che sia lo stesso Tribunale per i minorenni di Bologna a fare riferimento all'art. 36 n. 4 come base giuridica per il riconoscimento dell'adozione pronunciata all'estero. Per la interpretazione della norma esso fa riferimento, benché in tono critico, alla giurisprudenza della Cassazione, la quale ha ritenuto non solo che l'efficacia del provvedimento straniero sarebbe subordinata, ai sensi della disposizione in esame, al limite della non contrarietà ai principi fondamentali che in Italia governano il diritto di famiglia e dei minori, ma anche che in tale concetto vada senz'altro annoverato quello secondo cui l'adozione internazionale, così come quella interna possono essere pronunciate soltanto a favore di persone sposate, fatte salve le ipotesi previste dall'art. 44 l. adoz.²⁸. Tale norma, tuttavia, nell'ammettere che l'istituto possa applicarsi in casi speciali anche a favore di colui o colei che intenda adottare il figlio del coniuge, presuppone in ogni caso l'esistenza di un rapporto matrimoniale, escludendo quindi dalla sua applicazione i *partners* del medesimo sesso, cui la possibilità di sposarsi è in Italia preclusa.

Svolte tali considerazioni, il Tribunale di Bologna pone quindi in discussione la premessa da cui l'intera riflessione trae origine, ossia quella secondo cui i matrimoni *same-sex* non possono produrre effetti nel nostro ordinamento, ricordando come essa si ponga in contraddizione non solo con la prassi della Corte europea dei diritti dell'uomo, che, come già si è accennato e come meglio diremo, si è pronunciata nel senso dell'esistenza di un diritto alla continuità dei legami familiari, cui il riconoscimento degli *status* fa da corollario²⁹, ma anche con le più recenti pronunce della Corte Costituzionale, che,

23 Così ad esempio G. Pizzolante, *Le adozioni nel diritto internazionale privato*, Bari, 2008, p. 234-5 Bonomi, *La disciplina*, cit., p. 385; P. Morozzo della Rocca, *La riforma*, cit., p. 117; nonché, in giurisprudenza, Corte di cassazione Civile, sentenza del 18 marzo 2006 n. 6078. Secondo la Convenzione dell'Aja, cui la normativa italiana dà attuazione, l'adozione internazionale presuppone infatti che gli aspiranti genitori e il minore risiedano in Stati diversi (art. 2).

24 In tal senso cfr. G. Pizzolante, *Le adozioni nel diritto internazionale privato*, Bari, Cacucci Editore, 2008, 234s.; A. Bonomi, *La disciplina*, cit., p. 385; P. Morozzo della Rocca, *La riforma dell'adozione*, cit., 117 e, da ultimo, F. Bilotta, *Il riconoscimento in Italia dei provvedimenti stranieri di "stepchild adoption" da parte del coniuge "same sex" del genitore biologico: il Tribunale per i Minorenni di Bologna solleva la questione di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 della legge 184/1983*, in *Diritto civile contemporaneo*, www.dirittocivilecontemporaneo.com, 2014, III.

25 Sulla differenza tra questi due tipi di rinvio e sulle modalità di funzionamento di quello materiale nell'ambito della legge n. 218/1995 si veda N. Boschiero, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 32 ss.

26 Cfr. *supra*, nota 23.

27 Cfr. *supra*, par. 2.

28 V. Corte di cassazione civile, sentenza del 14 febbraio 2011 n. 3572.

29 Sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di riconoscimento degli *status* familiari acquisiti altrove e sul suo impatto sul funzionamento delle norme di diritto internazionale privato cfr., oltre alla letteratura già citata, P. Kinsch, *Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad. Private International Law and European Human Rights Law*, in

nell'attribuire rilevanza costituzionale alle coppie *same-sex* in quanto formazioni sociali tutelate dall'art. 2 Cost., hanno espresso il concetto secondo cui, in assenza di un'apposita legislazione in materia, sono i giudici di legittimità a dovere stabilire caso per caso se la mancata estensione al partner del medesimo sesso di istituti o diritti garantiti al coniuge realizzi o meno una irragionevole discriminazione, che, come tale, necessita di essere corretta³⁰. In particolare il Tribunale dei minorenni di Bologna ritiene non solo contrario a tali principi, ma anche contraddittorio rispetto alle regole che governano l'istituto, il fatto di non poter decidere se corrisponda o meno all'interesse del minore il riconoscimento (o la pronuncia) di un provvedimento di adozione, nel caso in cui a farne richiesta siano una persona o una coppia omosessuale.

Il ragionamento non è del tutto convincente. L'art. 36, co. 4, richiedendo un periodo significativo di permanenza all'estero, intende evidentemente garantire la protezione del minore evitando situazioni in cui, mediante il trasferimento fittizio della residenza in altro Stato, gli aspiranti genitori, di nazionalità italiana, riescano a ottenere un provvedimento di adozione in situazioni nelle quali in Italia gli sarebbe precluso e così ad eludere, talora anche in modo volutamente fraudolento, la nostra normativa³¹. Ad ulteriore garanzia dell'interesse tutelato, esso prevede inoltre che il riconoscimento delle decisioni adottate nelle ipotesi ivi previste sia comunque subordinato alle condizioni sostanziali e procedurali poste dalla Convenzione dell'Aja, anche nel caso in cui la decisione provenga da uno Stato che non sia parte di alcuno specifico accordo con l'Italia, non anche però all'ulteriore requisito del rispetto dei principi fondamentali che in Italia governano il diritto di famiglia e dei minori, come invece sostenuto dai giudici di Bologna.

A nostro avviso il Tribunale per i minorenni è tenuto quindi a svolgere una indagine sulla effettiva residenza all'estero da almeno due anni degli aspiranti genitori, sulla loro idoneità all'adozione, sullo stato di adottabilità del minore, sulla conformità del provvedimento alle ulteriori condizioni poste dalla normativa convenzionale e sulla sua non *manifesta* contrarietà all'ordine pubblico dello Stato richiesto. Tale ultima valutazione dovrà essere svolta, secondo appunto i principi espressi nella Convenzione dell'Aja del 1993, alla luce del preminente interesse del minore, il quale non potrà che essere accertato caso per caso, tenuto conto di tutti gli elementi che contribuiscono alla ricostruzione della situazione personale e familiare con cui i giudici sono chiamati a confrontarsi.

Così interpretata la norma non sembrerebbe, almeno in via di principio, porsi in netto contrasto con i principi costituzionali, poiché, diversamente da quanto sostenuto dai giudici di Bologna, essa comunque permetterebbe alle corti interne di adattare la propria decisione alle specifiche esigenze di tutela che il singolo caso pone e, pertanto, anche di tenere conto del principio, espresso dalla Corte europea dei diritti umani, secondo cui il rispetto del diritto alla vita familiare comporta che venga garantita, almeno su un piano sostanziale, la continuità e la stabilità degli *status* personali (e familiari) già esistenti³².

Ma, anche a non volere condividere tale impostazione, ci sembra che i problemi relativi all'applicazione dell'art. 36, co. 4 al caso in esame vadano ricercati altrove; essi più precisamente riguardano l'inquadramento della situazione oggetto dell'ordinanza del Tribunale per i minorenni di Bologna nell'ambito della norma. Anzitutto, se *ratio* della stessa è, come detto, quella di evitare che la disciplina italiana in materia di adozione venga aggirata mediante uno spostamento fittizio della residenza ad opera di nostri cittadini, ci si domanda a quale titolo essa dovrebbe applicarsi in una fattispecie completamente esterna al nostro ordinamento. Un secondo problema riguarda la possibilità che lo stato di adottabilità del minore, certamente previsto fra i principi cui la norma, richiamando la convenzione dell'Aja, fa riferimento, possa prescindere dalla situazione di abbandono del bambino, alla luce dello scopo cui la disciplina internazionale è rivolta, ossia quello, come già si è detto, di offrire «the advantage of a permanent family to a child for whom a suitable family cannot be found in his or her State of origin»; condizione questa che certamente difetta nel caso di specie in quanto, secondo ciò che oltretutto si evince dall'ordinanza³³, la bambina è pienamente inserita in un contesto affettivo e relazionale perfettamente idoneo

Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr, K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger, S. Symeonides (eds.), L'Aja, 2010, p. 232 ss.; P. Franzina, *Some remarks on the relevance of Article 8 of the ECHR to the recognition of family status judicially created abroad*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 609 ss.

30 Corte costituzionale, sentenza del 15 aprile 2010 n. 138.

31 In questo senso cfr. P. Morozzo della Rocca, *La riforma cit.*, p. 117; L. Pineschi, *L'adozione cit.*, p. 1194.

32 *V. supra*, nota 4, nonché *infra*, par. 6.

33 Nell'ordinanza viene infatti riportata un'affermazione della minore, che dinnanzi alle autorità competenti dichiarava: «queste due signore sono le mie mamme. Sono tutte e due buone e severe. Gioco con tutte e due». Ed inoltre, ad ulteriore conforto di tale ragionamento, basti ricordare che la causa è stata avviata proprio per garantire alla bambina la continuità della situazione familiare costituita all'estero, all'interno della quale ella si è così bene inserita.

a realizzare il suo legittimo interesse ad avere una famiglia. Resta quindi da chiedersi se la specialità dell'art. 36, co. 4 giustifichi una interpretazione tale da permettere di potersi discostare dai principi espressi dalla Convenzione e da questa richiamati. Sul punto la giurisprudenza parrebbe orientata in senso negativo, ritenendosi che la norma necessiti di essere necessariamente inquadrata nell'ambito del sistema in cui è inserita e coordinata con esso³⁴.

4. Il riconoscimento dell'adozione straniera sulla base del regime ordinario previsto dalla l. n. 218/1995 per la circolazione in Italia dei provvedimenti stranieri

Alla luce delle premesse svolte, si ritiene pertanto che il riconoscimento del provvedimento straniero di adozione di una minore da parte della compagna omosessuale della madre dovrebbe avvenire sulla base del sistema richiamato dal co. 1 dell'art. 41 della legge n. 218/1995, ossia delle norme che, nell'ambito della medesima legge, dettano le condizioni per il riconoscimento in Italia dei provvedimenti stranieri³⁵.

Si tratta a questo riguardo di stabilire quale tra gli articoli richiamati debba operare nel caso di specie, considerato che l'art. 41 non opera di per sé una scelta³⁶ – né il Tribunale di Bologna prende alcuna posizione al riguardo –, nonché in secondo luogo di chiarire se, sulla base delle condizioni poste dalla norma così individuata, possa essere data efficacia all'adozione di cui si discute. Va a tali fini ricordato che gli articoli cui viene fatto rinvio disciplinano rispettivamente il riconoscimento delle sentenze straniere (art. 64), dei «provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità» (art. 65) e, infine, dei «provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione» (art. 66). Nel caso in esame, data la natura dell'atto di cui si discute, sembrerebbero ricorrere i presupposti per l'applicazione dell'art. 66, che pone come prima condizione per l'efficacia del provvedimento straniero il fatto che esso sia stato adottato da «un'autorità che sia competente in base a criteri corrispondenti a quelli propri dell'ordinamento italiano», ovvero da quella «dello Stato la cui legge è richiamata dalle disposizioni della legge».

A differenza di quanto accade nel sistema previsto dalla legge n. 184/1983, secondo cui la circolazione dell'adozione straniera in Italia è comunque subordinata alla instaurazione di un apposito procedimento davanti al Tribunale per i minorenni, l'art. 66 della legge n. 218/1995 dispone, al pari delle norme che lo precedono, l'automaticità del riconoscimento e, quanto ai requisiti, il concorrente operare delle condizioni poste dall'art. 64 da un lato e dall'art. 65 dall'altro (attraverso il ricorso al metodo del riferimento all'ordinamento straniero competente)³⁷, ferme restando, in entrambi casi, la

34 Cfr. Corte di cassazione civile, sentenza del 14 febbraio 2011 n. 3572, secondo cui: «la disposizione dell'art. 36, comma 4, pur consentendo deroghe alla disciplina generale sul riconoscimento delle adozioni pronunciate all'estero, deve pur sempre essere inquadrata nel sistema, tenendosi conto dei principi essenziali relativi alla materia "de qua" attualmente espressi nella legislazione vigente. Conseguentemente, deve considerarsi che, a proposito dell'adozione legittimante, la legge n. 184/1983, art. 6, pone il principio conformatore dell'istituto secondo il quale tale adozione è consentita solo "a coniugi uniti in matrimonio"».

35 Si veda in questo senso C. E. Tuo, *Riconoscimento*, cit., p. 48 nonché la dottrina ivi citata; del medesimo avviso L. Pineschi, *L'adozione*, cit., p. 1197-98 secondo cui: «Il fatto che il legislatore non fornisca indicazioni sulla procedura da seguire per il riconoscimento di provvedimenti stranieri assimilabili alle ipotesi previste dall'art. 44 non potrebbe... comportare l'automatica estensione della disciplina introdotta dalla l. n. 476/1998 a fattispecie che non sono state esplicitamente previste dal legislatore, né inibire il riconoscimento in Italia di situazioni, come l'adozione del figlio del coniuge, sempre più diffuse nella prassi e incoraggiate dalla giurisprudenza. Nelle ipotesi riconducibili all'art. 44 della legge n. 184/1983, la procedura ordinaria di cui agli artt. 64-66 della legge n. 218/1995 dovrebbe, pertanto, continuare ad essere applicabile». Va peraltro segnalato che, proprio con riguardo al riconoscimento di un provvedimento di adozione pronunciato all'estero nei confronti di persona singola, la Cassazione si è espressa in senso diametralmente opposto, sostenendo in ogni caso l'applicabilità delle norme contenute nella legge n. 184/1983, a prescindere dagli effetti prodotti dalla sentenza straniera. Corte di cassazione civile, sentenza del 14 febbraio 2011 n. 3572.

36 L'art. 41 richiama infatti, su un piano di assoluta parità, le norme che, nell'ambito della legge n. 218/1995 disciplinano il riconoscimento dei provvedimenti stranieri in Italia, senza operare alcuna scelta tra di esse, né esprimendo una preferenza per l'una o per l'altra soluzione.

37 Sul metodo del riferimento all'ordinamento straniero competente cfr. P. Picone, *Sentenze straniere e norme italiane di conflitto*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1997, p. 913 ss.; Id., *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé: Cours général de droit international privé*, in *Recueil des cours*, 1999; Id., *L'art. 65 della legge italiana di riforma del diritto internazionale privato e il riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2000, p. 383

condizione del rispetto dei diritti fondamentali della difesa e della non contrarietà all'ordine pubblico³⁸. Si ritiene che, laddove si tratti di provvedimenti volontari in materia di capacità delle persone e di rapporti di famiglia, tra le soluzioni prospettate, la seconda debba ritenersi preferibile, con la conseguenza che, ai fini del riconoscimento, è anzitutto fondamentale individuare l'ordinamento competente, ovvero quello «richiamato dalla normativa italiana di diritto internazionale privato per la disciplina della qualità soggettiva (...) per la cui venuta ad esistenza è indispensabile il provvedimento di volontaria giurisdizione»³⁹. La norma a tale fine rilevante potrebbe essere individuata in quella che, nell'ambito della legge n. 218/1995, regola i rapporti tra adottato e adottanti ed i parenti di questi, la quale prevede che essi siano disciplinati «dal diritto nazionale dell'adottante o degli adottanti se comune o, in mancanza, dal diritto dello Stato nel quale gli adottanti sono entrambi residenti ovvero da quello dello Stato nel quale la loro vita matrimoniale è prevalentemente localizzata».

Nell'ipotesi in esame, trattandosi di soggetti aventi la comune cittadinanza degli Stati Uniti, Paese dove essi hanno risieduto per vent'anni prima del trasferimento in Italia, risulterebbe quindi soddisfatta la prima delle condizioni cui l'art. 66 della legge n. 218/1995, in forza del richiamo all'art. 65 della medesima, subordina il riconoscimento del provvedimento straniero. Quanto ai diritti della difesa, il Tribunale per i minorenni di Bologna, nella ricostruzione della vicenda giudiziaria, sembra senz'altro propenso a ritenere, sulla base degli elementi a sua disposizione, che essi siano stati rispettati e che, inoltre, il procedimento adottivo si sia svolto «secondo norme deputate a garantire il primario interesse del minore».

5. **Segue: L'inquadramento dell'adozione straniera e dei suoi effetti alla luce dei criteri previsti dall'ordinamento italiano**

Dubbi invece riguardano l'inquadramento della fattispecie nell'ambito delle categorie giuridiche previste dal nostro ordinamento, nonché la compatibilità del provvedimento straniero con l'ordine pubblico. Tali questioni, per quanto formalmente distinte, sono in realtà strettamente collegate, data la propensione, mostrata dai giudici di legittimità, a ritenere che provvedimenti, produttivi nello Stato di origine di effetti legittimanti, i quali risultano incompatibili con il nostro ordinamento, possano essere tuttavia dichiarati efficaci in Italia come costitutivi di adozioni semplici, ai sensi dell'art. 44 della l. adoz. È questo, ad esempio, come visto, il caso dell'adozione da parte di persona singola, che, pur non potendo perfezionarsi in Italia, se non nelle ipotesi tassativamente previste, può tuttavia essere riconosciuta nel nostro ordinamento con gli effetti più circoscritti dell'adozione *minus plena*, qualora ovviamente non ricorrano altri motivi di contrarietà all'ordine pubblico o altre condizioni ostative al riconoscimento.

Questo ragionamento, che evidentemente implica, come sottolineato dalla dottrina, una scissione tra i presupposti e gli effetti dell'adozione, si basa probabilmente sulla premessa secondo cui, anche laddove si tratti di decidere in merito all'efficacia di un atto straniero (e non quindi della possibilità di costituire in Italia un rapporto adottivo), l'ordinamento competente a determinare l'idoneità del provvedimento a fungere da presupposto per la creazione dello *status* di filiazione piena resterebbe pur sempre quello italiano, in conformità ai criteri stabiliti dall'art. 38 della legge n. 218/1995. Con la conseguenza che, conformemente a tale ragionamento, laddove non sia soddisfatta la condizione, ritenuta fondamentale dalla nostra legge, della esistenza di un rapporto coniugale tra gli aspiranti genitori, l'adozione potrà sì essere riconosciuta, ma con gli effetti più limitati di cui all'art. 44 l. adoz., pur in assenza degli specifici requisiti posti dalla norma per la sua applicazione⁴⁰, fermo però restando il limite dell'ordine pubblico. Per tale via, la Cassazione ha ritenuto che l'adozione da parte di persona singola, categoria alla quale potrebbe peraltro genericamente ricondursi la fattispecie di cui si tratta, pur in assenza di motivi di contrarietà ai principi fondamentali dell'ordinamento italiano, può essere riconosciuta in Italia

ss.; e, più in generale, sul rapporto tra gli articoli 64 e 65 della legge n. 218 del 1995 v. C. Consolo, *Evoluzioni nel riconoscimento delle sentenze*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1997, p. 575 ss., R. Luzzatto, *Il riconoscimento di sentenze e provvedimenti stranieri nella riforma di diritto internazionale privato italiano*, in *Comunicazioni e Studi*, XXI, 1997, p. 81 ss.

38 In questo senso P. Picone, *Diritto di famiglia e riconoscimento delle sentenze straniere nella legge di riforma del diritto internazionale privato*, in *Studi di diritto internazionale privato*, 2002, p. 699 ss., spec. p. 711.

39 E. D'Alessandro, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 43.

40 Su questi aspetti e in relazione a tale ragionamento si vedano per tutti F. Mosconi, C. Campiglio, *cit.* p. 216 ss.

soltanto con gli effetti propri di una adozione *minus plena*, escludendosi quindi che essa possa essere idonea a fungere da presupposto funzionale alla costituzione di un rapporto di filiazione legittima⁴¹.

Va peraltro segnalato, con riferimento al caso in oggetto, che anche a non volere utilizzare l'«artificio» dell'inquadramento del rapporto instauratosi all'estero come adozione da parte di persona singola⁴², scegliendo quindi di valorizzare la relazione di coppia, che, dal Tribunale dell'Oregon, è stata posta alla base della pronuncia, secondo le norme vigenti nello Stato, di una *second-parent adoption*, ci sembra che una interpretazione estensiva dell'art. 44 della l. adoz. potrebbe forse consentire, come già avvenuto in altri casi, di ritenere esistenti alcuni dei presupposti previsti dalla norma. L'ordinanza del Tribunale per i minorenni di Bologna sembrerebbe andare in questa direzione, laddove si ritiene che gli ostacoli opposti al riconoscimento del matrimonio omosessuale non dovrebbero avere come effetto quello di impedire che da esso possano discendere alcuni effetti, tra cui, quello voluto dalla ricorrente, qualora ciò corrisponda all'interesse del minore⁴³. Un'altra possibilità, esplorata nella prassi, è quella di ricondurre la fattispecie a una ipotesi di «constatata impossibilità di disporre l'affidamento preadottivo», espressione questa da tempo intesa dalla giurisprudenza come inclusiva non solo dell'impedimento di fatto, ma anche della impossibilità di tipo giuridico⁴⁴. In questa direzione si è ad esempio mosso il Tribunale per i minorenni di Roma, che, in due recenti ordinanze⁴⁵, in cui si trattava di prendere posizione in merito alla richiesta di una donna di potere adottare il figlio della propria partner omosessuale, si è pronunciato in senso favorevole all'adozione, sulla base appunto dell'art. 44, co. 1, lett. d).

Va peraltro a questo riguardo segnalato che, anche tra coloro che sostengono che la disposizione in esame troverebbe applicazione nel caso di impossibilità giuridica, sembrerebbe prevalere l'opinione secondo la quale *ratio* della norma è comunque quella di permettere che il minore che versa in stato di adottabilità – requisito questo che difetta nel caso in esame – possa crescere nel contesto di un rapporto familiare ed affettivo, anziché essere collocato in istituto, in situazioni in cui, nonostante l'inammissibilità di un'adozione piena, ad esempio perché gli aspiranti genitori difettano dei requisiti imposti dalla legge, si ritenga che ciò corrisponda al suo interesse⁴⁶.

41 Cassazione civile, sentenza del 14 febbraio 2011 n. 3572, la quale, peraltro in applicazione dell'art. 36, co. 4 e quindi in una ipotesi a nostro avviso parzialmente diversa da quella qui in esame, ha sostenuto che: «Deve quindi escludersi che...allo stato della legislazione vigente, soggetti singoli possano ottenere, ai sensi dell'art. 36, comma 4 ... il riconoscimento in Italia dell'adozione di un minore pronunciata all'estero con gli effetti legittimanti anziché ai sensi e con gli effetti di cui alla legge n. 184 del 1983, art. 44...» (ivi, par. 3.3 della motivazione); v. anche la sentenza dell'8 novembre 1994 n. 9278 e quella del 18 marzo 2006 n. 6078. In dottrina, per un commento, cfr. Pineschi, *L'adozione da parte di persona singola: obblighi internazionali e profili internazionalprivatistici*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1996, p. 313 ss. Va peraltro segnalato che secondo autorevolissima dottrina «quello che sembra ben certo, come conseguenza della partecipazione italiana alla convenzione di Strasburgo, è che non possa essere considerata come espressione di un principio di ordine pubblico, ostativo del riconoscimento di atti stranieri di adozione, la scelta fatta dal legislatore italiano di riservare l'adozione legittimante alle coppie coniugate. ..Lungi dal poter opporre il modello prescelto come ostativo al riconoscimento ed all'efficacia delle leggi e degli atti ispirati da modelli diversi, ma ammessi dalla convenzione, gli Stati membri sono obbligati dalla convenzione a dare loro riconoscimento, e non soltanto con riguardo alle adozioni singole, ma anche con riguardo alle leggi da applicare nelle stesse pronunce interne quando, in forza delle norme di diritto internazionale privato...la legge competente sia quella straniera». Ziccardi, *Ordine pubblico e convenzioni internazionali nel riconoscimento di atti stranieri di adozione di minori*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 1995, p. 5 ss., spec. p. 9 s.

42 V. la già citata sentenza (*supra* nota 2) del Tribunale per i minorenni di Bologna del 17 aprile 2013, in cui peraltro a tale tipo di adozione sono stati addirittura riconosciuti effetti legittimanti.

43 Valutazione questa che in ogni caso dovrà essere, a nostro avviso, estremamente scrupolosa.

44 Cfr. ad es. F. Bilotta, *Il riconoscimento*, cit.; M. Gattuso, *Adozione negli U.S.A. da parte della co-madre: il tribunale minori di Bologna invia gli atti alla Corte costituzionale*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2014. In senso conforme Tribunale per i minorenni di Roma, 30 luglio 2014, il quale ha accolto la domanda di adozione avanzata ex art 44, co. 1, lett. d) dalla donna unite in matrimonio, celebrato in Spagna, con la madre della minore; si veda su questa sentenza il commento di A. Sperti, *La tutela del superiore interesse del minore alla luce dei principi costituzionali e del diritto costituzionale comparato nell'adozione del secondo genitore*, in questa *Rivista*, 2015, I, p. 236 ss.

45 Cfr. *supra*, nota 10.

46 Cfr. in tal senso ad es. Corte d'appello di Torino, decreto 9 giugno 1993. Secondo la Corte, la «constata impossibilità di affidamento preadottivo ...deve dipendere da una condizione, di fatto o di diritto, del minore, e non dell'aspirante all'adozione». Per il dibattito dottrinale in materia cfr. G. Collura, *L'adozione in casi particolari*, in *Trattato*, cit., A. Zatta (a cura di), p. 951 ss., spec. p. 957; M. Dogliotti, *L'adozione in casi particolari*, in *Filiazione, adozione, alimenti*, in *Trattato di diritto privato*, T. Auletta (a cura di), Torino, Giappichelli 2011, p. 518 ss.

6. La questione della contrarietà del provvedimento straniero all'ordine pubblico e la necessità di tenere conto del superiore interesse del minore nell'applicazione ed interpretazione del limite

La tutela del superiore interesse del minore sembrerebbe quindi essere non solo il criterio che ispira l'intera normativa italiana in materia di adozione, ma anche quello che dovrebbe orientare il giudice chiamato a dare riconoscimento a un rapporto adottivo, come peraltro espressamente stabilito non solo dalla Convenzione dell'Aja del 1993, secondo la quale: «il riconoscimento dell'adozione può essere rifiutato da uno Stato contraente solo se essa è manifestamente contraria all'ordine pubblico, tenuto conto dell'interesse superiore del minore»; ma anche, come si è detto, dalle norme italiane in materia.

A nostro avviso non c'è motivo per cui il medesimo ragionamento non debba applicarsi, come peraltro confermato dalla dottrina, anche al nel caso in cui si versi in una ipotesi regolata, anziché dalla l. adoz., dagli art. 64 ss. della legge n. 218/1995⁴⁷.

Questa lettura trova peraltro conforto anche nella prassi della Corte europea dei diritti umani, il cui rispetto si impone non solo, in via generale, ai sensi dell'art. 117 Cost. – ai sensi del quale è stata riconosciuta la rilevanza costituzionale delle norme pattizie, tra cui *in primis*, quelle contenute nella CEDU⁴⁸, secondo la interpretazione che ne è stata fornita dalla Corte EDU⁴⁹; ma anche, con riferimento allo specifico contesto qui in esame, in base all'art. 2 della legge n. 218/1995, che obbliga l'operatore giuridico a tenere conto, nell'applicazione delle norme di conflitto, degli obblighi internazionalmente assunti dall'Italia, nella misura in cui essi incidano sul loro operare⁵⁰. Nella materia qui considerata la Corte ha anzitutto ha riconosciuto che il rifiuto di uno Stato contraente della CEDU (nella specie il Lussemburgo) di riconoscere una decisione straniera (peruviana) di adozione legittimante di una minore peruviana da parte di una cittadina lussemburghese per il motivo che la legge nazionale vietava l'adozione legittimante da parte di un single, è in contrasto con l'interesse del minore a vedere salvaguardati i propri legami affettivi; interesse questo tutelato dall'art. 8 CEDU, che sancisce l'obbligo, di carattere più generale e nei confronti di tutti, del rispetto della vita privata e familiare⁵¹. In applicazione della medesima norma, in casi questa volta non più relativi all'adozione, ma riguardanti la trascrizione di atti di nascita formati all'estero in seguito a maternità surrogata, la Corte ha inoltre stabilito il principio secondo cui: «la référence à l'ordre public ne saurait toutefois passer pour une carte blanche justifiant toute mesure, car l'obligation de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant incombe à l'État indépendamment de la nature du lien parental, génétique ou autre»⁵².

47 «L'interesse superiore del minore, che ispira la normativa italiana in materia di adozione, induce a favorire il più possibile il riconoscimento dei provvedimenti stranieri di adozione e quindi a circoscrivere a casi veramente eccezionali il ricorso al limite dell'ordine pubblico: questo pertanto risulta compresso proprio perché l'interesse del minore deve venire considerato prioritario (superiore, suscettibile, in altre parole, di rendere tollerabile il verificarsi di una qualche disarmonia nell'ordinamento italiano...). La necessità di salvaguardare prioritariamente l'interesse del minore rappresenta essa stessa un principio fondamentale per il nostro ordinamento giuridico, presidiato dal limite pubblico ed anzi – anche perché conforme a precetti di diritto internazionale (...) – più forte di altri per il nostro ordinamento pur fondamentali principi: un controlimite che prevale sul limite». Così F. Mosconi, C. Campiglio, cit., p. 229.

48 Corte costituzionale, sentenza del 24 ottobre 2007 n. 348 e n. 349; nonché n. 80 dell'11 marzo 2011 e, più di recente, n. 113 del 7 aprile 2011.

49 Su questo specifico aspetto e sulla rilevanza delle norme e della giurisprudenza internazionali in tema di ricostruzione del contenuto della clausola dell'ordine pubblico si veda F. Salerno, *Il vincolo al rispetto dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti del diritto internazionale privato*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 549 ss.; sulla recente prassi della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di adozione si vedano i contributi di M.C. Vitucci, *Orientamento sessuale e adozione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, ivi, 2013, p. 481 ss.; L. Poli, *Adozione co-parentale da parte di coppie omosessuali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: un progresso nella tutela delle famiglie omogenitoriali, con uno sguardo miope rispetto all'interesse superiore del minore*, in *Giurisprudenza italiana*, p. 1764 ss., secondo la quale la piena realizzazione dell'interesse del minore comporta il riconoscimento del legame parentale con entrambi i genitori, anche dello stesso sesso.

50 Tra le convenzioni che rilevano a questo riguardo va peraltro segnalata quella sui diritti del fanciullo, adottata a New York il 20 novembre 1989 e resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991 n. 176, la quale prevede che: «In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration» (art. 3).

51 Corte EDU, sentenza del 28 giugno 2007, ricorso n. 76240/01, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo* cit. *supra* nota 4.

52 Corte EDU, sentenza del 27 gennaio 2015, ricorso n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia* cit., par. 80 su cui cfr. M. Distefano, op. cit. Nel medesimo senso si vedano anche le sentenze della Corte EDU CEDU, *Mennesson c. Francia*, sentenza del 26 giugno 2014, ricorso n. 65192/2011 e *Labassee c. Francia*, stessa data, ricorso n. 65941/2011.

Alla luce di tali premesse, non ci pare di potere escludere, dovendo anzi affermare, che, nella valutazione sulla riconoscibilità o meno di un provvedimento straniero — a maggior ragione se riguardante una fattispecie interamente collegata con uno Stato diverso dal nostro — l'interesse dell'adottando sia essere considerato tra gli elementi di cui il giudice deve tenere conto.

Con la conseguenza che, almeno in principio, non sembra ravvisarsi la necessaria incompatibilità in astratto delle norme in materia di circolazione dei provvedimenti stranieri con quelle costituzionali, purché, come giustamente rilevato nell'ordinanza, esse siano interpretate ed applicate in modo costituzionalmente orientato – tenuto quindi anche conto degli obblighi che sull'Italia incombono in forza delle convenzioni internazionali di cui lo Stato è parte –, nel senso di garantire al giudice la possibilità di valutare, caso per caso, la compatibilità del riconoscimento dell'adozione straniera con tutti gli interessi giuridicamente rilevanti coinvolti, primo fra tutti quello del minore. Questo comprende, come peraltro espressamente riconosciuto dallo stesso legislatore italiano nella recente novella alla legge n. 184/1983, seppure con riferimento alla posizione degli affidatari⁵³, la necessità di tenere debitamente conto, nel giudizio riguardante l'adozione, dei legami affettivi significativi, stabili e duraturi, consolidati dal bambino, la cui conservazione corrisponda al suo interesse⁵⁴.

53 Cfr. *supra*, nota 5.

54 Cfr. art. 3 della Convenzione di New York del 1989 (v. *supra*, nota 50).

*Francesca Brunetta d'Usseaux**

La coerenza dell'ordinamento e l'adozione congiunta da parte di coppie dello stesso sesso: la decisione della Corte costituzionale austriaca dell' 11 dicembre 2014

Sommario

1. Premessa – 2. Il caso sottoposto al vaglio dei giudici – 3. L'*Individualantrag* – 4. La coerenza dell'ordinamento

Abstract

La Corte costituzionale austriaca, con sentenza 11 dicembre 2014, ha dichiarato incostituzionali le disposizioni del Codice civile e della Legge austriaca sulle unioni registrate che escludevano la possibilità di adozione congiunta per le coppie registrate dello stesso sesso, rendendola così possibile a partire dal dicembre 2015.

The Austrian Supreme Court decided on 11 December 2014 that both the dispositions of the Civil code as well as those of the Law on registered partnership that excluded the possibility for same-sex registered couples to adopt jointly, were to be considered in contrast with the Austrian Constitution, so permitting the joint adoption for registered partners of the same sex, starting from December 2015.

* Associato di Diritto privato comparato, Università di Genova. Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

1. Premessa

La Corte costituzionale austriaca, nel dicembre dello scorso anno¹, ha dichiarato costituzionalmente illegittima la disciplina sull'adozione per la parte in cui non permette alle coppie registrate dello stesso sesso di adottare congiuntamente un bambino; ciò per contrasto sia con il principio di uguaglianza sancito dalla Costituzione austriaca², sia con gli articoli 8 e 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Solo un anno prima, nel 2013, la Corte europea dei diritti dell'Uomo aveva condannato lo stato austriaco³ perché la legislazione allora vigente non prevedeva la possibilità per il partner dello stesso sesso (registrato o meno) del genitore biologico di adottare il di lui figlio, senza che venisse meno la relazione tra minore e genitore biologico, conseguenza che rendeva l'istituto di fatto inutilizzabile⁴. Il legislatore austriaco era così intervenuto con l'Adoptionsrechts-Änderungsgesetz del 1° agosto 2013⁵, così permettendo anche al partner dello stesso sesso di adottare il figlio biologico del proprio convivente, esattamente come già permesso alle coppie eterosessuali, unite o meno in matrimonio.

Sicuramente si era trattato di un passo avanti nel riconoscimento dei diritti delle coppie dello stesso sesso, tuttavia la modifica legislativa non aveva preso in considerazione due rilevanti problemi, ovvero l'adozione da parte del convivente dello stesso sesso del figlio adottivo del proprio partner (e non "solo" di quello biologico), così come anche l'adozione congiunta.

Da un lato infatti era rimasto in vigore il § 191,2 AGBG, secondo il quale l'adozione da parte di più soggetti, contemporanea o successiva, finché sussista il primo legame adottivo, è ammessa solo se gli adottanti siano tra loro sposati, dall'altro non era stato modificato il § 8,4 della Legge sulle unioni registrate, che afferma espressamente che i partner registrati non possono adottare congiuntamente, né possono adottare il figlio adottivo del proprio convivente⁶.

Questo il quadro legislativo da cui muove la Corte costituzionale nell'affrontare il caso di specie.

- 1 Verfassungsgerichtshof 11 dicembre 2014, VfGH G119-120/2014-12G. Le disposizioni dell'AGBG e della Legge sulle unioni registrate (Eingetragene Partnerschaft-Gesetz EPG BGBl I Nr 135/2009 IdF BGBl I Nr 179/2013) dichiarate costituzionalmente illegittime cesseranno di avere vigore il 31 dicembre 2015. Merita segnalare, a mero titolo di completezza, che i giudici, nella stessa giornata, hanno dichiarato costituzionalmente illegittime (VfGH G18/2014-14) anche quelle disposizioni della legge sulle adozioni che stabilivano in 16 anni la necessaria differenza di età tra adottante e adottato, in quanto la disposizione, così formulata, non avrebbe tenuto conto del concreto interesse del minore. Sulla legge si veda U. Aichhorn, *Das Eingetragene Partnerschafts-Gesetz in Österreich – ein kritischer Überblick*, in *Familie Partnerschaft Recht* 2010, pp. 217 ss.. Le due partner registrate lamentano in particolare il fatto che, stante la disciplina legislativa, sia preclusa a priori la possibilità stessa di valutazione della loro idoneità ad essere o meno genitori adottivi; quasi si dovesse muovere da un assunto incontrovertibile circa la minore idoneità delle coppie dello stesso sesso ad essere buoni genitori adottivi, preconcetto tale da non permettere neanche di attribuire al giudice la possibilità di vagliare il caso concreto, ma di fatto anche l'accertamento del migliore interesse del bambino.
- 2 Art. 2 StGG (Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder 1867): "*Vor dem Gesetze sind alle Staatsbürger gleich*" e Art 7 B-VG (Bundes-Verfassungsgesetz, BGBl Nr. 1/1930) "(1) *Alle Staatsbürger sind vor dem Gesetz gleich. Vorrechte der Geburt, des Geschlechtes, des Standes, der Klasse und des Bekenntnisses sind ausgeschlossen* (omissis)".
- 3 Corte europea dei diritti dell'Uomo, decisione del 19 febbraio 2013, *X e altri contro Austria* in *Articolo29* www.articolo29.it Cfr. U. Aichhorn, *Verbot der Stiefkindadoption für Homosexuelle*, in *Zeitschrift für Familien und Erbrecht* 2013, pp. 9 ss.
- 4 Corte europea dei diritti dell'Uomo, decisione del 19 febbraio 2013, *X e altri contro Austria*: "Invece, è giuridicamente impossibile per una coppia omosessuale procedere a un'adozione coparentale, poiché lo stesso articolo 182 § 2 prevede che l'adottante si sostituisce al genitore biologico del suo stesso sesso... (omissis) Gli interessati non possono pertanto ricorrere all'adozione al fine di creare, tra la prima e il secondo ricorrente, un legame di filiazione che andrebbe ad aggiungersi a quello già esistente tra il secondo ricorrente e la madre. Benché a prima vista appaia neutro, l'articolo 182 § 2 esclude le coppie omosessuali dall'adozione coparentale".
- 5 BGBl. I 179/2013, sulla riforma si veda S. Ferrari, *Neue Möglichkeiten der Elternschaft für gleichgeschlechtliche Paare in Österreich*, in *Familienrechtszeitschrift* 2014, pp. 1512 ss.
- 6 Interessante l'evoluzione "letterale" della disposizione: se la prima versione del 2009 recava che "*Die eingetragenen Partner dürfen nicht gemeinsam ein Kind an Kindesstatt oder die Kinder des jeweils anderen an Kindesstatt annehmen*" dopo la modifica del 2013 la parola *Kinder* (figli) è stata sostituita dal termine *Wahlkinder* (figli adottivi), tanto che la formulazione attuale è quella per cui "*Die eingetragenen Partner dürfen nicht gemeinsam ein Kind an Kindesstatt oder die Wahlkinder des jeweils anderen an Kindesstatt annehmen*". Merita ricordare che l'analoga "ambigua" dizione della Legge tedesca sulle unioni registrate (§ 9.7 del Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften del 16 febbraio 2001, Artikel 1, Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz LPartG) in BGBl 23 febbraio 2001, I, 266, ha comportato l'intervento della Corte costituzionale tedesca (BVerfG, 1 BvL 1/11, in NJW 2013, p. 847), la quale, il 19 febbraio 2013 ha stabilito che il partner registrato possa adottare anche il figlio previamente adottato dal proprio convivente, in quanto le condizioni esistenti all'interno di un'unione registrata, permettono e aiutano la crescita dei bambini tanto quanto quelle esistenti all'interno di un'unione matrimoniale. Permane invece in Germania il divieto di adozione congiunta, permessa, ad oggi

2. Il caso sottoposto al vaglio dei giudici

Il ricorso era stato presentato da due cittadine austriache che vivevano insieme dal 1998, le quali avevano concluso nel 2011 un'unione registrata, possibilità prevista in Austria dal 2009. Nel marzo del 2012 era poi nata una bambina, concepita con inseminazione artificiale effettuata in Germania⁷.

La minore, dal momento della nascita, aveva vissuto con le due donne, l'una sua madre biologica, l'altra compagna registrata di quest'ultima, curata ed amata da entrambe. Nel gennaio del 2014 la partner registrata aveva adottato la bambina. Al rapporto di genitorialità biologica si aggiungeva quindi, come sottolinea la Corte nella sentenza, un rapporto genitoriale basato sull'adozione, venendosi quindi a configurare di fatto la "contemporanea" genitorialità di entrambe le partner.

Le due donne desideravano allargare la propria famiglia e avrebbero voluto adottare un bambino, ma questa possibilità è loro preclusa, proprio perché la legislazione austriaca prevede che possano adottare congiuntamente solo le coppie unite in matrimonio.

Le ricorrenti reputano che il matrimonio civile, nella sostanza, non sia altro che "un'unione registrata formalizzata dallo stato"; in quanto tale, non si differenzerebbe dall'unione registrata per partner dello stesso sesso. Stante l'assimilabilità dei due istituti, il ricollegare solo al primo la possibilità di adozione congiunta integrerebbe una discriminazione basata sul sesso e sull'orientamento sessuale, in quanto tale contraria sia al principio di eguaglianza, sia ai principi contenuti nella Convenzione europea dei diritti dell'Uomo.

3. L'Individualantrag

I giudici, prima di entrare nel merito della questione, ricordano il diritto di ogni cittadino austriaco di adire la Corte⁸ al fine di sottoporre al suo vaglio una determinata disposizione, qualora il soggetto reputi che la regola in questione abbia leso un suo diritto. Nel caso in esame sussistono tutte le condizioni richieste dalla legge per poter utilizzare questo strumento e la richiesta è quindi fondata: le ricorrenti, in quanto partner registrate sono destinatarie del divieto che si evince dal combinato disposto del § 191, 2, frase 1 AGBG e § 8, 4 EPG; le disposizioni incidono in maniera negativa sulla loro sfera giuridica⁹; la lesione è attuale, non solo potenziale e non sussistono altre possibilità di sottrarsi all'ingerenza della norma che si sospetta antigiuridica¹⁰, se non appunto la dichiarazione di incostituzionalità. La Corte dichiara quindi ammissibile il ricorso avverso il § 191, comma 2 prima frase, per cui l'adozione da parte di più persone, sia contemporanea, sia successiva, è possibile solo se gli adottanti siano tra loro sposati, sia avverso il § 8 comma 4 della Legge sulle unioni registrate, che, come già detto, esclude, per i partner registrati sia l'adozione congiunta, sia l'adozione del figlio adottivo. I giudici sottolineano come sia opportuno vagliare la costituzionalità di entrambe le ultime due affermazioni, perché il divieto di adozione successiva è strettamente collegato al divieto di adozione congiunta; la sussistenza del mero divieto di adozione del figlio adottivo del partner registrato, infatti, implica a maggior ragione l'esclusione dell'adozione congiunta. La dichiarazione di incostituzionalità del divieto di adozione congiunta non avrebbe effetti qualora permanesse in vita il divieto di adozione successiva.

solo alle coppie unite in matrimonio: tuttavia, una volta permessa l'adozione successiva, tale divieto ha perso di consistenza, visto che i partner possono adottare il bambino l'uno dopo l'altro, nella stessa giornata, senza soluzione di continuità.

7 Fino al 1° gennaio 2015 infatti, in Austria, l'accesso alla procreazione medicalmente assistita era limitato a coppie unite in matrimonio o conviventi eterosessuali (Fortpflanzungsmedizinengesetz, FMedG, in BGBl. Nr. 275/1992. La Corte costituzionale austriaca era intervenuta anche su questa problematica VerFGH 10 dicembre 2013, G 16/2013, G 44/2013, in FamZ 2014, p. 3) stabilendo che anche coppie composte da due donne conviventi avessero diritto ad accedere a questa procedura. Nel gennaio 2015 era stata di conseguenza adottata una legge di modifica (FMedRÄG 2015), nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita (qualcosa non torna nella sintassi) che prevede appunto la possibilità anche per coppie di donne di avvalersi di questa tecnica riproduttiva, vedi S. Ferrari, *ivi*, p. 1412 ss.

8 Ex art. Art 140,1, lit c BVG.

9 Esattamente come era avvenuto nel caso relativo alla procreazione medicalmente assistita (vedi *supra* nota 7).

10 Cd. *Umwegsunzulässigkeit*, termine che si potrebbe tradurre dicendo che non è possibile ricorrere a scorciatoie o vie alternative, rispetto al ricorso alla Corte costituzionale.

4. La coerenza dell'ordinamento

Per quanto concerne il merito della questione i giudici della Corte costituzionale reputano che il ricorso, oltre che ammissibile, sia anche fondato. Poiché anche il legislatore è vincolato dal principio di uguaglianza, una diversa regolamentazione, soprattutto quando si riferisce a qualità della persona che potrebbero essere causa di discriminazione, deve essere oggettivamente giustificabile, perseguire uno scopo legittimo ed essere proporzionata.

L'ordinamento austriaco permette l'adozione di un bambino estraneo alla coppia non solo ai coniugi ma anche ai *single*, sia che questi vivano soli o convivano, in forma libera o registrata, con partner di sesso uguale o diverso¹¹. Permette poi anche l'adozione coparentale: a differenza di quanto accade nell'adozione congiunta, in effetti, in questi casi, l'eventuale rapporto giuridicamente vincolante con il bambino non si realizza allo stesso momento rispetto ai due futuri genitori, ma in momenti successivi. Il che non impedisce però che, alla fin fine, anche coppie conviventi etero o dello stesso sesso, così come i partners registrati, possano essere "insieme" genitori in senso giuridico di un bambino che non ha legami biologici con entrambi.

Se quindi, attraverso l'adozione coparentale, è possibile e legittimo che un minore abbia due madri o due padri "giuridici", risulta difficile, se non impossibile, sostenere che per contro, l'adozione congiunta corrisponda all'interesse del bambino proprio solo se attuata da una coppia eterosessuale.

I giudici fanno proprie le ragioni delle ricorrenti: la disciplina legislativa sembra indicare un'idoneità a priori all'adozione della coppia eterosessuale, che manca invece alla coppia dello stesso sesso. Il divieto assoluto preclude infatti la possibilità stessa di valutazione del caso concreto da parte del giudice, sicuramente in riferimento all'idoneità del futuro adottante, attuando così una discriminazione, ma preclude anche la valutazione di un possibile concreto interesse del minore.

La regolamentazione sottoposta a vaglio di costituzionalità, con la quale il legislatore permette l'adozione congiunta solo ai coniugi ed esclude a priori i partner registrati, attua una discriminazione basata sull'orientamento sessuale.

Ma non solo: la legge attua anche una ingiustificata distinzione tra le stesse coppie di partner registrati. Nel caso infatti in cui nella coppia sia presente il figlio biologico di uno dei partner, al rapporto di genitorialità biologica si può aggiungere il rapporto genitoriale basato sull'adozione e si può così configurare una genitorialità "contemporanea" dei due partner; non così quando manchi nella coppia un figlio biologico. Non è corretto, a parere dei giudici, permettere che i partner registrati possano assumere la "responsabilità genitoriale congiunta" solo nel caso della *Stiefkindadoption* e si vieti invece in maniera assoluta questa possibilità quando l'unico mezzo per realizzarla sarebbe l'adozione congiunta o l'adozione del figlio previamente adottato dall'altro partner.

Secondo la Corte la legislazione manca di una giustificazione razionale: la disciplina si pone in contrasto con gli articoli 8 e 14 della CEDU e con il principio di uguaglianza sancito dall'art. 7,1 della Costituzione austriaca¹².

I giudici non tralasciano peraltro di vagliare la problematica anche sotto il profilo della protezione dell'istituto matrimoniale o della famiglia tradizionale: le unioni registrate non si pongono come istituti sostitutivi o sussidiari rispetto al matrimonio, sono altro rispetto ad essi. L'introduzione nell'ordinamento della possibilità di adozione congiunta per i partner registrati non può avere alcun effetto negativo sull'istituto matrimoniale, quindi neanche questo aspetto è tale da poter giustificare la disciplina in oggetto.

In conclusione, secondo la Corte costituzionale austriaca, l'esclusione legislativa dei partner registrati dall'adozione congiunta, mentre ne è permessa la genitorialità "comune e contemporanea" in altre situazioni, è semplicemente incoerente, ed è proprio l'incoerenza della disposizione nel panorama legislativo austriaco esistente che fa propendere i giudici per la dichiarazione di illegittimità costituzionale per discriminazione della coppia registrata, sia rispetto ai coniugi, sia rispetto alle coppie conviventi, sia rispetto alle coppie registrate che possono avvalersi della adozione coparentale.

11 Nel caso di unione registrata è necessaria l'autorizzazione dell'altro partner ex § 195, Abs 1, z 2 ABGB.

12 Molti sono i riferimenti dei giudici costituzionali alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo, assenti invece quelli alla giurisprudenza di altre Corti nazionali.

Lucilla Conte*

Felicità raggiunta? La Corte di Cassazione ammette la domanda di rettificazione anagrafica del sesso in assenza di un intervento demolitorio e/o ricostruttivo dei caratteri sessuali primari

Sommario

1. Premessa. Un “nuovo” concetto di transessualismo – 2. La legge n. 164 del 1982: differenti interpretazioni – 3. Il percorso argomentativo della Corte di Cassazione – 4. Problematiche e sviluppi collegati a questa pronuncia: l’ordinanza di rimessione del Tribunale di Trento avente ad oggetto la legge n.164 del 1982 e, da ultimo, la sentenza n.221/2015 della Corte costituzionale

Abstract

La sentenza n. 15138/2015 della Corte di cassazione, prima sezione civile, ha accolto la domanda di rettificazione del sesso da maschile a femminile in assenza di un trattamento chirurgico demolitorio e /o ricostruttivo dei caratteri sessuali primari. Il carattere radicale della scelta del ricorrente trova dimostrazione nella sottoposizione di questi ad un percorso terapeutico conseguito attraverso diversi e ripetuti trattamenti ormonali, estetici e chirurgici incidenti sui caratteri sessuali secondari, coerente con l’avvenuto raggiungimento di una coincidenza tra soma e psiche già a suo tempo (Corte costituzionale n. 161/1985) individuata come l’obiettivo della legge n.164 del 1982 e con la tutela del diritto all’integrità psico-fisica del richiedente.

The ruling no. 15138/2015 of the Italian Court of Cassation has declared that is possible to obtain sexual reassignment without medical surgery of the primary sexual characters. The balance between soma and psyche which is the purpose of the Law n. 164/1982 can be achieved before that time according to hormonal therapy and esthetical and medical surgery on secondary sexual characters, preserving the physical and psychical integrity of the claimant.

1. Premessa. Un “nuovo” concetto di transessualismo

Con la sentenza n. 15138 del 2015 la Corte di cassazione, prima sezione civile, in senso contrario alla pronuncia resa dalla Corte d’appello di Bologna, ha accolto la domanda di rettificazione di sesso da maschile a femminile, con le conseguenti annotazioni anagrafiche, formulata da una persona sottoposta a modificazione (attraverso trattamenti ormonali ed estetici anche chirurgici) dei caratteri sessuali secondari, ma non all’operazione demolitoria dei caratteri sessuali primari. La ragione della mancata sottoposizione a quest’ultimo tipo di intervento risiedeva, a giudizio del ricorrente, da un lato nel timo-

* Dottore di ricerca in Diritto costituzionale, Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Università del Piemonte Orientale. Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

re di complicazioni sanitarie, dall'altro nel raggiungimento di un'armonia con il proprio corpo che lo aveva portato a sentirsi donna a prescindere dalla sottoposizione a tale trattamento¹.

Appare opportuno, prima di procedere all'esame della pronuncia, dare conto del tema che costituisce la premessa da cui conseguono le argomentazioni svolte dalla Corte di cassazione: vale a dire, l'acquisizione da parte della scienza medica (e, dunque, anche da parte della scienza giuridica) di un "nuovo" concetto di transessualismo.

È stato sottolineato come ormai «il medico chiamato ad occuparsi di un(a) paziente transessuale sa di dover considerare, nei casi specifici, che la diagnosi di DIG non apre l'unica via dell'operazione chirurgica, bensì uno spettro di opzioni diverse, dettato dal fatto che non tutte le persone transessuali vogliono o necessitano di sottoporsi all'intera *triadic therapy*»².

La trattazione medica della dissociazione tra sesso e genere (o disturbo dell'identità di genere di cui all'acronimo DIG, peraltro non più menzionato nel Manuale Statistico Diagnostico della Malattie Mentali o DSM V facendosi più soltanto riferimento alla c.d. "disforia di genere") pur conducibile nelle tre tradizionali fasi della *triadic therapy* (*real life experience*, trattamento ormonale e operazioni chirurgiche modificative dei caratteri sessuali primari e secondari) andrebbe pertanto calibrata in relazione all'ottimale punto di equilibrio raggiunto dal soggetto che la richieda. Esso si colloca in prossimità dell'azzezzamento del conflitto tra il proprio sentire psichico e la condizione anatomica.

La possibilità, derivante dalle nuove acquisizioni medico-scientifiche in ordine al fenomeno del transessualismo, di calibrare il trattamento della disforia di genere secondo coordinate più flessibili, meglio parametrize alla concretezza del caso³ e orientate al raggiungimento di un punto di equilibrio tra soma e psiche che può variare da individuo a individuo, implica il superamento della logica binaria dei sessi maschile/femminile e sembrerebbe ammettere, di fatto, la presenza di un terzo genere, caratterizzato dalla permanenza di caratteri sessuali primari e secondari di entrambi i generi⁴.

In sostanza, è possibile che il transito da un sesso all'altro, possa arrestarsi al raggiungimento di un positivo equilibrio tra *soma* e *psiche* non necessariamente coincidente con l'avvenuta operazione chirurgica demolitoria e ricostruttiva dei caratteri sessuali primari.

Il trattamento medico della disforia di genere può dunque portare al completamento del percorso di transito dal proprio sesso biologico al sesso in cui ci si identifica (e al quale si intende appartenere quanto alle risultanze anagrafiche) o attraverso l'avvenuto compimento dei tre stadi della *triadic therapy* o attraverso un apprezzabile percorso di avvicinamento che pur non concludendosi con l'operazione chirurgica demolitoria e/o ricostruttiva dei caratteri sessuali primari, permette al soggetto trattato di identificarsi con il genere maschile o femminile senza avvertire il contrasto con la propria realtà anatomica originaria.

Il percorso niente affatto facile, né predeterminato, che conduce all'integrazione del corpo con l'identità psicofisica non sembra tuttavia privo di significato quanto al rilievo giuridico che esso può assumere.

Alla flessibilità delle tecniche mediche (dosaggi ormonali, chirurgia estetica e ricostruttiva, chirurgia vascolare) che permettono il trattamento della disforia di genere corrisponde infatti una rigidità degli strumenti giuridici a disposizione.

Rispetto all'esistenza di un terzo genere potremmo dire "sostanziale", che si afferma sulla base di percorsi e trattamenti medici personalizzati, calibrati sulla base delle risultanze psicologiche e cliniche dei singoli pazienti e a cui può ricollegarsi la volontà del soggetto trattato di procedere alla rettificazione anagrafica del sesso, l'ordinamento giuridico italiano potrebbe presentare qualche rigidità.

Questo stato di cose è plasticamente testimoniato dal conflitto interpretativo in relazione alla legge n. 164/1982 (*Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*), modificata dal D. Lgs. n. 150/2011),

- 1 Corte di cassazione, sentenza del 20 luglio 2015, n. 15138, in questa *Rivista*, p. 327, cfr. p. 3 del testo della pronuncia.
- 2 M. Winkler, *Cambio di sesso del coniuge e scioglimento del matrimonio: costruzione e implicazioni del diritto fondamentale all'identità di genere*, in *Giurisprudenza di merito*, 3, 2012, p. 571.
- 3 Sulla "forza motrice" dei casi concreti nella loro prossimità e vicinanza rispetto all'operato dei giudici comuni, cfr. P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 21 e ss.
- 4 Si tratta di un'esistenza di fatto e non di diritto, dal momento che i soggetti che appartengono a tale terzo genere non rivendicano un'appartenenza autonoma, ma al contrario aspirano ad essere anagraficamente collocati, in una posizione di eguaglianza, secondo la logica binaria maschio/femmina. L'esperienza storica, peraltro, non è estranea a ipotesi di regolamentazione giuridica dell'esistenza di un terzo genere — a cui però non corrispondeva l'affermazione del principio di eguaglianza — come testimoniato dalla trisessuazione in epoca bizantina, "*résultat d'une construction particulièrement complexe des rôles de sexe et de genre qui s'échelonne sur plusieurs siècles et dans laquelle les enjeux de pouvoir tiennent un rôle central. Mais dans cette conception et cette organisation de la société, les trois sexes ne sont pas égaux*", G. Sidéris, *La trisexuation à Byzance*, in *De la différence des sexes. Le genre en histoire*, M. Riot-Sarcey, Parigi, Larousse, 2010, p. 85.

come emerge dalla pronuncia della Corte di cassazione che qui si commenta e dall'ordinanza di rimessione degli atti alla Corte costituzionale da parte del Tribunale di Trento, avente ad oggetto la questione di legittimità costituzionale dell'art.1, primo comma, della legge n. 164/1982 proprio nella parte in cui subordina la rettificazione di attribuzione di sesso alle intervenute modificazioni dei caratteri sessuali della persona istante, invocando come parametro gli articoli 2, 3, 32 e 117, primo comma, della Costituzione⁵.

2. La legge n. 164 del 1982: differenti interpretazioni

La legge italiana sul transessualismo è, come noto, piuttosto risalente e soltanto di recente modificata in un'ottica di riforma dei riti processuali e loro semplificazione, dal D. lgs. n.150/2011⁶.

Essa prevede, all'art.1, che la rettificazione di attribuzione anagrafica si effettua in forza di sentenza del Tribunale passata in giudicato. Tale sentenza, precisa l'articolo, *a seguito di intervenute modificazioni dei caratteri sessuali*, attribuisce ad una persona un sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita.

L'articolo 3 della stessa legge (abrogato e trasfuso quanto al suo contenuto nell'art. 31, comma 4, del D.lgs. n.150/2011), applicabile *ratione temporis* al caso oggetto della pronuncia della Corte di cassazione in commento, prevede che *quando risulti necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico chirurgico*, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato.

Sono dunque previsti due procedimenti: l'uno volto all'ottenimento di una sentenza di autorizzazione all'adeguamento dei caratteri sessuali; l'altro orientato ad ottenere, a seguito delle intervenute modificazioni dei caratteri sessuali, la rettificazione di attribuzione di sesso.

La *ratio* della sentenza di autorizzazione all'adeguamento dei caratteri sessuali, nella sua interpretazione più risalente, permetteva il superamento del limite, previsto dall'ordinamento all'art. 5 c.c., agli atti lesivi del proprio corpo e mandava indenne da responsabilità penale per lesioni personali gravissime il medico che effettuasse tale operazione di adeguamento (determinando con effetto irreversibile l'incapacità procreativa del proprio paziente).

La sentenza che dispone la rettificazione della attribuzione di sesso opera invece, come è intuitivo, sul sesso anagrafico, facendolo corrispondere con il dato fisico-anatomico oggetto come di intervenuta modificazione.

I due procedimenti possono essere valutati in connessione tra di loro, individuando l'autorizzazione all'adeguamento dei caratteri sessuali come condizione per l'ottenimento della successiva autorizzazione alla rettificazione dei dati anagrafici, ma sono altresì dotati di un certo grado di autonomia nella misura in cui o l'adeguamento dei caratteri sessuali sia già avvenuto (per esempio tramite sottoposizione a un trattamento chirurgico all'estero) e dunque si proceda alla sola rettificazione dell'attribuzione di sesso; o quando all'adeguamento non consegua (per i motivi più vari) la successiva richiesta di rettificazione dei propri dati anagrafici.

Nel caso concreto posto all'attenzione delle Corti di merito e successivamente della Corte di cassazione la persona interessata alla rettificazione dei propri atti anagrafici formula la propria richiesta dopo circa dieci anni dall'autorizzazione al trattamento medico-chirurgico dei propri caratteri sessuali: in questo lasso di tempo non si sottopone alla modificazione definitiva dei propri caratteri sessuali primari, ma interviene sui propri caratteri sessuali secondari attraverso trattamenti estetici anche chirurgici e terapia ormonale.

La richiesta formulata dalla persona in transizione da MtoF è supportata:

da un dato clinico (certificato da due consulenze tecniche d'ufficio) corrispondente al raggiunto equilibrio tra condizione anatomica e sentire psichico anche in assenza di sottoposizione ad un intervento chirurgico sui caratteri sessuali primari;

da un'interpretazione estensiva della l. n. 164/1982, con particolare riferimento alle "intervenute modificazioni dei caratteri sessuali", formula lessicale che non escluderebbe il riferimento a modificazioni dei soli caratteri sessuali secondari e al disposto dell'art. 31, comma 4 del D.lgs. n. 150/2011 che

5 Tribunale di Trento, ordinanza n. 228 del 20 agosto 2014, pubbl. su G.U. del 17/12/2014 n.52, in *Articolo29* www.articolo29.it. Sulla questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Trento si è pronunciata recentemente la Corte costituzionale con la sentenza del 5 novembre 2015, n. 221, in *Articolo29*, www.articolo29.it, su cui, *infra*, § 4.

6 In particolare, viene soppresso il riferimento alla consulenza tecnica d'ufficio, ferma restando per il giudice la facoltà di disporre una consulenza tecnica d'ufficio sulla condizione psicosessuale dell'interessato. Cfr., su questo punto, A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, Franco Angeli, 2013, p. 37.

sembrerebbe prevedere come eventuale (“quando risulta necessario”) l’adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico;

dalla formulazione di dubbi di costituzionalità della l. n. 164/1982 laddove fosse unicamente percorribile una sua interpretazione nel senso della necessità dell’intervento chirurgico sui caratteri sessuali primari, configurandosi un’ipotesi di trattamento chirurgico coattivo in violazione degli articoli 2 e 32 della Costituzione (con conseguente lesione del diritto all’identità di genere, del diritto all’autodeterminazione e dell’integrità psico-fisica) nonché degli articoli 1 e 3 della Carta di Nizza e degli articoli 8 e 14 della Cedu (che riconoscono il diritto al rispetto della vita privata e familiare e il divieto di discriminazione) in relazione al parametro interposto di cui all’art. 117 Cost.

Di contrario avviso appare la Corte d’Appello di Bologna, che respingendo il reclamo propone un’interpretazione della l. n. 164/1982 nel senso della indefettibilità della modificazione sia dei caratteri primari che di quelli secondari «proprio alla luce di una nozione complessa di identità di genere che non può trascurare il fattore anatomico biologico nel tentativo di ricomporre l’equilibrio tra soma e psiche così come indicato dalla Corte costituzionale»⁷ nella sentenza n. 161 del 1985, resa in occasione di un giudizio di legittimità costituzionale avente ad oggetto la legge n. 164 del 1982. L’utilizzo dell’avverbio “quando” contenuto nell’art. 3 della l. n. 164 del 1982 ora trasfuso nell’art. 31, comma 4 del D.lgs. n. 150/2011, andrebbe inteso non nel senso dell’eventualità del ricorso all’operazione chirurgica, ma con riferimento alle più limitate ipotesi di precedente sottoposizione all’intervento chirurgico o non necessità dello stesso per ragioni congenite.

In aderenza all’impostazione adottata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 161 del 1985, la Corte d’Appello valorizza il carattere liberatorio ed emancipatorio dell’intervento di modificazione chirurgica dei caratteri sessuali primari, pur non disconoscendone gli aspetti “cruenti” che, anzi, giustificerebbero la stessa autorizzazione giudiziale a tutela della fattibilità dell’intervento.

La Corte d’Appello respinge altresì le censure di incostituzionalità, precisando che si deve escludere la violazione dell’art. 32 della Costituzione, dal momento che la legge in oggetto non impone il trattamento chirurgico, ma è finalizzata ad assicurare la possibilità di accedervi a chi ne faccia richiesta (in questo senso, come sopra precisato, l’autorizzazione assolve alla funzione di evitare conseguenze sanzionatorie a carico del richiedente e dei sanitari).

La Corte non ravvisa neppure la violazione dell’art. 2 della Costituzione sotto il profilo del diritto all’identità sessuale e della libertà di autodeterminazione: la richiesta della ricorrente, se accolta, andrebbe a legittimare l’esistenza di «un terzo genere, caratterizzato dalla presenza di caratteri sessuali primari e secondari di entrambi generi che non può, allo stato, trovare spazio nel nostro ordinamento neppure se si voglia dilatare al massimo la nozione di persona umana e di diritto all’identità sessuale, racchiuso nell’art. 2 Cost.»⁸.

In sostanza, la Corte d’Appello vincola il diritto al mutamento di sesso mediante rettificazione dei dati anagrafici all’intervenuto adeguamento dei caratteri sessuali primari mediante operazione chirurgica. In mancanza di tale risolutivo intervento, che concluda in via irreversibile l’incapacità procreativa del soggetto che vi si sia sottoposto, la certezza delle relazioni giuridiche sarebbe pregiudicata, determinandosi una «ambiguità nella definizione soggettiva dei generi»⁹.

La Corte territoriale opera un bilanciamento tra l’interesse pubblico alla esatta definizione dei generi e il diritto all’integrità psicofisica del soggetto che si trovi costretto a sottoporsi ad un intervento chirurgico oggettivamente invasivo (e incerto nelle sue concrete possibilità di effettiva realizzazione) per ottenere la rettificazione anagrafica dell’attribuzione del sesso e lo risolve a favore del primo «in modo da non creare situazioni relazionali (unioni coniugali o rapporti di filiazione) non previste attualmente dal nostro sistema di diritto familiare e filiale»¹⁰.

3. Il percorso argomentativo della Corte di cassazione

Di diverso avviso è la Corte di cassazione, nella pronuncia che qui si commenta, muovendo dalle premesse medico-scientifiche di cui si è dato conto nel § 1.

7 Corte di cassazione, sentenza del 20 luglio 2015, n. 15138, *cit.*, p. 7 del testo della pronuncia.

8 *Ibidem*, p. 9 del testo della pronuncia.

9 *Ibidem*, p. 29 del testo della pronuncia.

10 *Ibidem*.

La Corte di Cassazione, infatti, individua come «la più aggiornata concettualizzazione del transessualismo» si ricolleggi «ad un paradigma complesso in base al quale l'interazione di fattori biologici, psicologici e sociali influenza la costruzione dell'identità di genere». In questo contesto, la chirurgia non è la soluzione ma solo un eventuale ausilio per il benessere della persona.

Un'interpretazione letterale del dettato della l. n. 164/1982 che non tenga conto del mutamento delle conoscenze medico-scientifiche in tema di transessualismo, con conseguente cambiamento delle modalità terapeutiche, finirebbe per tradire la *ratio* emancipatrice di tale normativa (individuata con chiarezza dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 161 del 1985 che colloca la legge italiana del 1982 «nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie e anomale»¹¹).

Con riferimento alla modificazione dei caratteri sessuali primari, la Corte di cassazione sottolinea come essa non possa che integrare una scelta espressiva dei diritti inviolabili della persona, sacrificabili soltanto in presenza di interessi superiori di carattere collettivo da tutelare. A questo proposito, si rileva che proprio il silenzio della legge sulla specificazione relativa ai caratteri sessuali (primari o secondari) che debbano essere oggetto di modificazione è da leggere come un indicatore dell'insussistenza di interessi collettivi superiori.

È inoltre un dato dell'esperienza comune, rilevato dalla giurisprudenza di merito, che l'intervento chirurgico di modifica dei caratteri sessuali primari possa non essere eseguito per ragioni di salute, trattandosi di operazioni particolarmente invasive e fondate su tecniche chirurgiche non ancora completamente perfezionate e perciò sicure.

In tali casi, osserva la Corte, ferma restando la prevalenza del diritto alla salute sul diritto all'identità personale, che giustificerebbe il mancato ricorso all'intervento chirurgico sui caratteri sessuali primari, la salvaguardia dell'integrità psicofisica del soggetto rispetto al quale sia stata diagnosticata una disforia di genere potrà essere garantita da meno invasivi interventi anche chirurgici sui caratteri sessuali secondari e da adeguate terapie ormonali (come peraltro dimostrato dalle consulenze d'ufficio rese nel caso in esame ed escludenti la necessità dell'intervento chirurgico «attesa la condizione di equilibrio psicologico e sociale raggiunto dal ricorrente»¹²).

Viene poi respinta con fermezza la conclusione, prospettata dalla Corte d'Appello di Bologna, per cui la situazione di potenziale non sterilità della persona che, pur intervenuta al fine di adeguare i propri caratteri sessuali secondari, non si sottoponga ad intervento chirurgico sui caratteri sessuali primari e allo stesso tempo richieda la rettificazione anagrafica del sesso, potrebbe determinare un percorso di adeguamento «a ritroso» al proprio sesso biologico, con pregiudizio delle esigenze di certezza nella definizione dei generi e della loro espressione nella vita di relazione.

A giudizio della Corte di cassazione, nel silenzio del legislatore, la sterilità non può essere una condizione presupposta per la rettificazione degli atti anagrafici. Né tale condizione può essere richiesta dal giudice (dal momento che l'articolo 32 della Costituzione prevede la riserva di legge ai fini della sottoposizione ad un trattamento sanitario obbligatorio). L'imposizione della sterilità come condizione per la rettificazione degli atti anagrafici si risolverebbe dunque in una norma senza disposizione, lesiva della dignità umana.

Più oltre nella sentenza¹³, la Corte richiama a questo proposito una recente pronuncia della Corte Edu del 10 marzo 2015 (Y.Y. v. Turchia, C. 14793/08) avente ad oggetto l'art. 40 del codice civile turco nella parte in cui non consente il cambiamento di sesso per coloro i quali sono ancora in grado di procreare. In quella sede, la Corte Edu stabilisce come non possa affermarsi quale condizione per il cambiamento di sesso la preventiva incapacità di procreare, ravvisando un contrasto con il rispetto alla vita privata e familiare e con il diritto alla salute¹⁴.

La Corte di cassazione rileva, poi, come la Corte d'appello abbia omissso di considerare un dato di estrema rilevanza: vale a dire quello secondo cui la fissazione dell'identità di genere sul piano psicologico, attestata dalla sottoposizione ad un percorso ampio e documentato di adeguamento, attraverso terapie ormonali ed interventi estetici anche chirurgici, dei caratteri sessuali secondari, debba essere

11 Corte costituzionale, sentenza del 23 maggio 1985, n. 161, punto n. 4.

12 Corte di cassazione, sentenza del 20 luglio 2015, *cit.*, p. 15.

13 *Ibidem*, p. 24-25 del testo della pronuncia.

14 La Corte Edu, in particolare, sottolinea come «l'ingérence qui en résultât dans le droit du requérant au respect de sa vie privée ne saurait donc passer pour avoir été "nécessaire" dans une société démocratique» e come il cambio di orientamento giurisprudenziale che ha infine permesso al ricorrente di accedere alla chirurgia funzionale al mutamento di sesso pur non essendo completamente sterile vada esattamente a suffragare un orientamento più rispettoso del diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 Cedu (§ 121 della pronuncia Y.Y. c. Turchia).

considerata in via prevalente e valorizzata rispetto all'astratta possibilità di un ripensamento volto ad un completo "ritorno" (eliminati tali interventi) al proprio sesso biologico originario.

I profili di incostituzionalità rilevati dalla ricorrente con riferimento all'interpretazione della l. n.164/1982 fatta propria dalla Corte d'appello sono analizzati dalla Corte di cassazione: essa tuttavia ritiene che sia possibile percorrere una soluzione interpretativa coerente con le coordinate costituzionali richiamate.

A parere del giudice di legittimità, deve escludersi che un esame integrato degli articoli 1 e 3 (per quest'ultimo, ora, art. 31, comma 4 del D.lgs. n.150/2011) conduca alla conclusione per cui sia necessaria la demolizione (parziale o totale) dei caratteri sessuali anatomici primari.

Il diritto all'identità di genere, collocato dalla Corte di cassazione tra i diritti inviolabili che compongono il profilo personale e relazionale della dignità personale e contribuiscono allo sviluppo equilibrato della personalità degli individui, non può essere compresso al punto da imporre la sottoposizione ad un trattamento medico chirurgico non voluto e non percepito come necessario. Di qui l'esclusione del carattere indefettibile della demolizione chirurgica, attestato dall'utilizzo della locuzione "quando risulti necessario" nell'art. 31, comma 4 del D.lgs. n. 150/2011.

In sintesi, non si ritiene che la mancata sottoposizione ad intervento che incida sui caratteri sessuali anatomici primari precluda l'ottenimento della pronuncia di autorizzazione alla rettificazione anagrafica del sesso, quanto piuttosto che questa circostanza imponga un rigoroso *test* effettuato dal giudice al fine di valutare il carattere definitivo della scelta «sulla base degli approdi attuali e condivisi della scienza medica e psicologica»¹⁵.

Dopo avere respinto l'interpretazione della legge n. 164/1982 fornita dalla Corte d'appello e ritenuta eccessivamente letterale, statica e, più in generale, non in linea con le coordinate di sistema fornite dalla Corte costituzionale nella sentenza n.161 del 1985 (per cui l'intento emancipatore della normativa del 1982 deve essere inteso in prospettiva dinamica, con riferimento al carattere naturalmente evolutivo della civiltà giuridica), la Corte di cassazione esamina più approfonditamente il profilo del bilanciamento da operare tra gli interessi in gioco.

Essi sono identificati da un lato nell'interesse pubblico all'esatta definizione dei generi e dall'altro nella tutela dell'integrità psicofisica (che, nel caso del transessuale, coincide con il raggiungimento di un equilibrio tra *soma* e *psiche*).

Il raggiungimento di tale punto di equilibrio, secondo le risultanze dei più recenti studi medici e psicologici, non può essere determinato a priori ma è influenzato dalle caratteristiche individuali che possono condurre ad una serie di percorsi terapeutici differenti pur se univocamente orientati al benessere della persona.

Il carattere estremamente mobile e variabile di uno dei due interessi oggetto del giudizio di bilanciamento impone alla Corte di cassazione di utilizzare, ai fini del raggiungimento di un corretto punto di equilibrio tra gli stessi, il principio di proporzionalità (parametro elaborato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo per stabilire il limite dell'ingerenza dello Stato rispetto al diritto alla vita privata e familiare).

Ai fini dell'applicazione di tale canone — che a giudizio della Corte di cassazione costituisce un utile indicatore ermeneutico ai fini di una interpretazione non soltanto costituzionalmente, ma anche convenzionalmente orientata degli articoli 1 e 3 della l. n. 164 del 1982 — non risulta sufficiente il rilievo, derivante dai dati dell'esperienza, della tendenziale immutabilità della scelta di un percorso finalizzato al mutamento di sesso e, al pari, della variabilità di tipologia dei percorsi soggettivi di passaggio dall'uno all'altro genere sessuale.

La Cassazione, molto chiaramente, sottolinea come il riconoscimento giudiziale del diritto al mutamento di sesso debba essere (questo sì, necessariamente) preceduto da un accertamento rigoroso e approfondito dell'avvenuto completamento del percorso individuale finalizzato a tale obiettivo. Tale risultato, proprio perché fortemente individualizzato, non è predeterminabile secondo uno *standard*, ma è dimostrabile attraverso l'analisi di documentazioni mediche, eventualmente integrate da consulenze tecniche disposte d'ufficio che permettano di dimostrare il carattere irreversibile della scelta compiuta.

La dimensione numericamente limitata del fenomeno del transessualismo è un'ulteriore considerazione addotta dalla Corte di cassazione a suffragio della propria opzione interpretativa: "situazioni minoritarie e anomale"¹⁶ mal si attagliano ad essere oggetto di una normativa poco elastica, opprimente

15 Corte di cassazione, sentenza del 20 luglio 2015, *cit.*, p. 26 del testo della pronuncia.

16 Per utilizzare la formula contenuta in Corte costituzionale, n. 161/1985, *cit.*, punto n. 4 ("La legge n. 164 del 1982 si colloca nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie e anomale").

nella sua (ipotizzata) rigidità, in ultimo lesiva proprio dell'obiettivo della salvaguardia dell'integrità psicofisica che ne costituirebbe la *ratio*.

4. Problematiche e sviluppi collegati a questa pronuncia: l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Trento avente ad oggetto la legge n.164 del 1982 e, da ultimo, la sentenza n.221/2015 della Corte costituzionale

Il Tribunale di Trento, nell'agosto 2014, ha sollevato, nel corso di un giudizio di rettificazione di sesso ai sensi dell'art.1, l. n. 164/1982, questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, primo comma, di tale legge, nella parte in cui subordina la rettificazione di attribuzione di sesso alla intervenuta modificazione dei caratteri sessuali della persona istante, con riferimento ai parametri costituzionali di cui agli articoli 2, 3, 32 e 117, 1 comma, della Costituzione.

A differenza della Corte di cassazione, il giudice trentino ritiene che, dal tenore letterale della norma, emerga inequivocabilmente che la rettificazione può avere luogo soltanto previa modificazione dei caratteri sessuali primari, sulla base di un giudizio di identità: si deve intervenire su tali caratteri (in sostanza, l'apparato genitale) perché sono gli stessi ad essere oggetto dell'esame medico effettuato al momento della nascita e volto all'individuazione del sesso della persona.

A nulla serve, inoltre, l'eventuale rinvio al dettato dell'art. 31, comma 4, del D.lgs. n.150/2011, poiché la locuzione "quando necessario" deve intendersi riferita ai soli casi in cui i caratteri sessuali risultino già modificati (in caso di intervento precedentemente svolto all'estero o per ragioni congenite).

Il Tribunale di Trento, al pari della Corte d'appello di Bologna nel giudizio precedente di cui si è dato conto più sopra, ritiene che il tenore letterale della norma non consenta una diversa interpretazione. A differenza della Corte d'appello, tuttavia, giudica tale ed univoca via interpretativa in contrasto con un complesso di articoli costituzionali e (per il tramite dell'art.117, 1 comma Cost.), convenzionali.

Il giudice trentino ravvisa un conflitto tra il diritto individuale all'identità sessuale e l'imposizione del requisito della modifica dei caratteri sessuali primari, necessario per ottenere la rettificazione dell'attribuzione di sesso.

Il conflitto, quindi, non sorge tra la libera esplicazione del diritto individuale all'identità sessuale e (come visto sopra) l'interesse pubblico ad una chiara definizione dei generi, ma piuttosto tra la libera esplicazione del diritto individuale all'identità sessuale e la necessaria (in quanto imposta dalla legge n. 164 del 1982) intervenuta modificazione dei caratteri sessuali primari al fine di ottenere la rettificazione del sesso.

Anche in questo caso, la premessa argomentativa è costituita dalle risultanze medico-scientifiche attestanti l'esistenza di un non univoco punto di equilibrio ai fini dell'individuazione del raggiungimento del benessere psico-fisico della persona transessuale, eventualmente non coincidente con la ri-assegnazione sessuale sul piano anatomico per il soggetto che (pur non volendosi sottoporre ad essa) richieda la rettificazione di attribuzione di sesso.

Nel diritto individuale all'identità sessuale, in altri termini, il giudice trentino ricomprende anche il diritto al rifiuto della obbligata modificazione dei caratteri sessuali primari. Tale diritto, e con esso il diritto alla salute, risulta leso dall'imposizione a sottoporsi ad un trattamento chirurgico in ipotesi non pertinente né necessario, giungendo al paradosso per cui al fine dell'esercizio di un diritto fondamentale (il diritto all'identità sessuale, che si esprime nel diritto di vedersi riconosciuto appartenente al sesso di elezione anche ai fini delle risultanze anagrafiche) è necessario sottoporsi ad un trattamento chirurgico eventualmente non voluto.

La declaratoria di incostituzionalità dell'art.1, comma 1, della legge n. 164 del 1982 (nella forma di una sentenza di accoglimento additiva/sostitutiva, con precisazione dell'irrilevanza del carattere primario o secondario dei caratteri anatomici oggetto di adeguamento) avrebbe determinato una conseguenza pratica dirompente: il Tribunale di Trento, infatti, riconosce che in questo modo l'esame esteriore della persona sarebbe (comunque) inidoneo a rilevare il suo sesso.

Il valore di questa affermazione appariva tuttavia ridimensionato da considerazioni successive, che constatacono come, al di là dell'ispezione sugli organi genitali effettuata al momento della nascita per la determinazione del sesso, la verifica dell'identità sessuale avvenga sempre attraverso l'esame dei soli documenti di identità.

La pronuncia della Corte di cassazione ed il giudizio di legittimità costituzionale sulla legge n. 164 del 1982 hanno dimostrato come all'interno dell'ordinamento italiano sia maturata una riflessione sull'adeguatezza della normativa italiana sul transessualismo rispetto alle più recenti risultanze medi-

co-scientifiche le quali impongono una più aggiornata — per usare le parole della Corte di cassazione — “concettualizzazione” di tale fenomeno e, più in generale, una valutazione accurata della pluralità di percorsi (comprensivi di fattori biologici, psicologici e sociali) che influenzano la costruzione dell’identità di genere.

La legge del 1982 fornisce una normativa di carattere essenziale, come si è visto recentemente modificata in alcune sue coordinate procedurali, volta a garantire che l’esigenza di far coincidere *soma* e *psiche* (vale a dire il proprio corpo al sesso opposto a quello biologico e con cui viceversa ci si identifica), con conseguente adeguato riscontro nelle risultanze anagrafiche, riallineate alla psicosessualità del richiedente.

Essa ha costituito uno strumento funzionale ad un percorso di emancipazione volto alla realizzazione della logica di tipo binario di transito da un sesso all’altro, completata dalla “liberazione” del proprio corpo dai tratti anatomici primari e secondari del proprio sesso biologico e dal loro conseguente adeguamento a quelli tipici del nuovo sesso anagrafico.

Se risulta indubbio che questo tipo di soluzione possa essere ancora desiderabile per una parte dei soggetti transessuali, alcuni casi analizzati dalla giurisprudenza di merito hanno portato all’emersione di una pluralità di ipotesi in cui, pur richiedendo la ri-attribuzione anagrafica del sesso, non si è proceduto al completamento del percorso di adeguamento, ritenendo raggiunto l’equilibrio tra identificazione psicosessuale con il sesso anagrafico pur in presenza di caratteri anatomici primari non modificati.

Sono questi i casi che hanno posto sotto stress le disposizioni della legge n. 164/1982, mettendo in discussione (con accenti diversi, come si è avuto modo di vedere) la sua compatibilità costituzionale¹⁷.

“*Felicità raggiunta, si cammina/per te sul fil di lama/ Agli occhi sei barlume che vacilla/ al piede, teso ghiaccio che si incrina;/e dunque non ti tocchi chi più t’ama*”, recita una poesia celebre di Eugenio Montale.

Qual è la misura, giuridicamente apprezzabile, della “felicità raggiunta”?

La vicenda, definita con la sentenza in commento, impone di valutare, secondo le nostre coordinate giuridiche e di sistema, una richiesta che potrebbe apparire eccentrica rispetto allo schema predisposto dalla legge n. 164 del 1982, nell’interpretazione fornita dalla Corte costituzionale nella di poco successiva sentenza n. 161 del 1985.

Le due principali questioni che si pongono possono essere così riassunte.

È possibile ammettere alla rettificazione anagrafica del sesso un soggetto che, pur riconoscendosi ed aspirando ad essere collocato anagraficamente in un genere opposto a quello biologico, rifiuta di sottoporsi all’intervento demolitorio dei caratteri sessuali anatomici primari in ragione di un (già) raggiunto equilibrio psicosessuale?

Qual è l’interesse di rango costituzionale che si oppone a questo tipo di richiesta?

La risposta (affermativa o negativa) a queste due domande veicola due interpretazioni alternative della legge n. 164/1982, delle quali è ugualmente possibile argomentare la compatibilità costituzionale, come hanno dimostrato le diverse posizioni delle Corti qui esaminate.

Non è controversa, in sé, la possibilità di ottenere la rettificazione anagrafica del sesso (legislativamente prevista fin dal 1982): sono oggetto di dibattito le condizioni a cui tale possibilità è vincolata. È di tali condizioni che viene valutata la compatibilità costituzionale.

Esse sono esistenti e conformi a Costituzione per la Corte d’appello; sono superabili in via interpretativa in applicazione del canone di proporzionalità a giudizio della Corte di cassazione; sono insuperabili in via interpretativa e non compatibili con il quadro costituzionale secondo il Tribunale di Trento, che per questo motivo solleva questione di legittimità costituzionale.

Questa vera e propria frattura interpretativa, anticipata da conclusioni discordanti da parte della giurisprudenza di merito, deriva oltre che dalla pluralità, varietà e concretezza dei casi sottoposti a giudizio, da una maturata consapevolezza della complessità del fenomeno del transessualismo.

Nuovi dati scientifici, biologici, sociologici; nuove ipotesi di trattamenti individualizzati e soddisfacenti, irrompono nei giudizi come un presupposto concettuale ineliminabile per l’interprete del diritto e non sembrano poter essere elusi, quanto piuttosto valutati e approfonditi attraverso lo strumento della

17 Con riferimento, inoltre, alle diverse interpretazioni fornite dalla giurisprudenza di merito in relazione al dettato della l. n. 164/1982 e, in particolare, delle “interventive modificazioni dei caratteri sessuali” previste dall’art.1, cfr. A. Nocco, *Rettificazione di attribuzione di sesso solo previo intervento chirurgico? La parola alla Consulta*, in *Questione giustizia*, www.questionegiustizia.it, 4 marzo 2015. Per un riferimento al contesto europeo e alla affermazione in esso della mera eventualità dell’intervento chirurgico sui caratteri sessuali anatomici primari, cfr. S. Patti, *Mutamento di sesso e «costringimento al bisturi»: il Tribunale di Roma e il contesto europeo*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, p. 39 ss.

consulenza medica disposta d'ufficio con riferimento alla specifica condizione del soggetto richiedente¹⁸.

Ammesso dunque che, ai fini del trattamento della disforia di genere, non sia più necessario un completo adeguamento dei caratteri sessuali anatomici primari ai fini del raggiungimento di un equilibrio tra il proprio corpo e l'identità sessuale non corrispondente al sesso biologico, la domanda che si pone è se e come questa mutata valutazione di tale equilibrio, di "felicità raggiunta", possa rilevare ai fini della rettificazione anagrafica del sesso, e se vi siano interessi costituzionali che contrastino con l'autorizzazione a tale procedura.

L'interesse costituzionale alla corretta distinzione dei generi e alla certezza delle relazioni giuridico-sociali costituisce una delle *rationes* (insieme al riconoscimento di un diritto all'identità sessuale) che stanno alla base della normativa italiana sul transessualismo.

Tale esigenza di certezza e di definizione del proprio "ruolo" all'interno della comunità sociale e giuridica, anima tanto l'ordinamento quanto il singolo soggetto che (sia che intenda sottoporsi ad un intervento chirurgico incidente sui caratteri sessuali anatomici primari, sia che lo rifiuti pur avendo intrapreso un percorso di adeguamento dei caratteri sessuali secondari serio, tendenzialmente irreversibile) aspira ad una rettificazione anagrafica del sesso.

Non sembra di poter affermare dunque che la mancata sottoposizione all'intervento chirurgico possa rispondere ad intenti di carattere elusivo, essendo invece giustificata da esigenze di tutela della salute e, più in generale, dell'integrità psicofisica dell'individuo che abbia intrapreso un percorso di transito da un sesso all'altro ed abbia raggiunto un soddisfacente punto di equilibrio (che dalla sottoposizione ad un intervento chirurgico altamente invasivo potrebbe essere irrimediabilmente pregiudicato).

Il soggetto *potrebbe non volere* tale intervento, ma *continua a volere* la rettificazione anagrafica, non volendo collocarsi come un terzo genere anagraficamente determinabile.

Risulta evidente da questi casi come il terzo genere possa semmai esistere di fatto, con individui che presentano caratteri anatomici sessuali secondari di genere diverso da quello riconducibile ai caratteri anatomici sessuali primari ancora esistenti nella loro integrità, mantenendo perciò la capacità procreativa e, in ipotesi, la possibilità di effettuare un percorso inverso di ritorno al proprio sesso biologico determinato al momento della nascita.

Il nodo principale della questione consiste dunque nello stabilire se la rettificazione dell'attribuzione di sesso possa essere ammessa anche in presenza di condizioni di non irreversibilità del transito dal sesso di elezione a quello biologico originario.

In questo caso l'individuo interessato esprime due volontà contrastanti: vuole la riassegnazione anagrafica del sesso e vuole conservare i propri caratteri sessuali anatomici primari afferenti al proprio sesso biologico.

L'espressione simultanea di queste due volontà appare coerente con la ratio della legge n. 164 del 1982? Fino a che punto può essere occupato e riempito l'alveo della civiltà giuridica in evoluzione in cui, a giudizio della Corte costituzionale del 1985, è riconducibile la legge n. 164/1982?¹⁹

Sotto questo profilo, appare opportuno soffermarsi sul passaggio forse maggiormente qualificante della sentenza della Corte di cassazione oggetto della presente analisi.

Si tratta dell'applicazione del canone della proporzionalità come «utile indicatore ermeneutico nella scelta dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata degli articoli 1 e 3 della l. n.164/1982».

18 Cfr, su questo specifico punto, le osservazioni formulate da R. Bin, *La Corte e la scienza*, in *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, A. D'Aloia (a cura di), Torino, Giappichelli, 2005, pp. 1, 2, che sottolinea come "il problema della rilevanza dei dati scientifici [sia] cruciale soprattutto nei giudizi di merito, ove la tentazione di delegare alle scienze "certe" ciò che il giudice non ritiene di poter decidere sulla base dei soli strumenti giuridici costituisce ormai un problema di grande rilievo (...). I diritti della personalità (l'identità sessuale, la procreazione, gli atti di disposizione del proprio corpo, il riconoscimento e il disconoscimento dei figli), la privacy, il diritto alla salute, il diritto alla difesa, il diritto di proprietà intellettuale: questi e tanti altri profili dei diritti fondamentali sono stati profondamente incisi dalle acquisizioni della scienza e delle nuove tecnologie. Tutto ciò si riflette immediatamente sull'esercizio della funzione giurisdizionale, ponendo il giudice in una posizione di dipendenza necessaria dai risultati della scienza".

19 La risposta, affermativa o negativa a queste domande, e la conseguente interpretazione del dettato della l. n. 164 del 1982, impone di considerare il concetto di esteriorità dell'ordinamento e il ruolo giocato in relazione ad esso dalla volontà, sia essa intesa in quanto comando e obbedienza, sia in quanto sottomessa "alle situazioni delle altre esperienze vitali". Il connotato che caratterizza l'esperienza giuridica risiede infatti "nella doppia posizione e funzione della volontà, della volontà come autonomia rispetto all'azione, la volontà che comanda e la volontà che obbedisce — e della volontà che appunto in quanto tale si affida alle situazioni che le complesse esperienze della vita formano, si affida alla loro logica, alla loro disciplina, assume anzi la loro logica come contenuto della propria affermazione", G. Capograssi, *Studi sull'esperienza giuridica*, Roma, Maglione e Loescher, 1932, 25 e ss.

Tale canone permette di superare:

– l'*impasse* derivante dall'eventuale (e, come si è visto, prospettato dalla Corte d'appello) giudizio di bilanciamento tra l'interesse dell'ordinamento alla esatta definizione dei generi e la tutela del raggiunto equilibrio psicofisico raggiunto dal transessuale, posto che il soggetto che chiede la rettificazione dell'attribuzione di sesso effettua una richiesta che ha ad oggetto una prestazione di chiarezza, definitiva della propria condizione, che non si vede in quale modo potrebbe in astratto pregiudicare l'esigenza di certezza della distinzione dei generi e delle relazioni giuridico-sociali;

– il contrasto tra l'espressione simultanea, da parte dello stesso soggetto, di volontà contrastanti con l'inequivoco intento di base della legge n. 164 del 1982, volto a garantire la rettificazione di sesso in seguito ad intervenute modificazioni dei caratteri sessuali (intesi nella loro globalità, come caratteri sessuali primari e secondari, nel senso precisato dal Tribunale di Trento nell'ordinanza di rimessione).

D'altro canto, l'applicazione del canone della proporzionalità permette dunque di non porre in una situazione di indifferenza giuridica coloro che, pur volendo la rettificazione dell'attribuzione di sesso e avendo intrapreso un serio, coerente e tendenzialmente irreversibile percorso di avvicinamento al sesso di elezione intervenendo sui propri caratteri sessuali anatomici secondari, non possano per ragioni mediche o non vogliano sottoporsi ad un intervento chirurgico demolitorio/ricostruttivo, in conseguenza di un già raggiunto soddisfacente equilibrio tra il proprio corpo "modificato" e la propria psicosessualità.

Nella prospettiva tracciata dalla pronuncia della Corte di cassazione, sarà il giudice di merito ad accertare, acquisendo ogni documentazione utile a questo fine, il rigoroso completamento di un percorso necessariamente individuale e differenziato per ciascuno.

La rettificazione dell'attribuzione anagrafica del sesso non è in questi casi vietata in radice, ma subordinata ad un test ulteriore che, lungi dal costituire una indebita intromissione nella legittima aspirazione alla realizzazione dell'identità sessuale che non pregiudichi il proprio diritto alla salute, appare rispettoso dell'individualizzazione dei percorsi di trattamento della disforia di genere.

Anzi, sembrerebbe costituirne l'ultima e non meno rilevante parte, volta a determinare l'effettività del percorso medico-clinico di adeguamento. Questo è valorizzato nella sua complessità e dotato di rilievo giuridico ai fini della realizzazione del diritto all'identità sessuale.

La recente sentenza n. 221/2015 della Corte costituzionale ha dichiarato infondata (nei sensi di cui in motivazione) la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Trento in relazione all'art.1, comma 1, della legge n. 164/1982.

Tale pronuncia, qualificabile come interpretativa di rigetto, esclude ai fini della rettificazione anagrafica del sesso il carattere necessario e indefettibile dell'intervento chirurgico. Tale esclusione è coerente in primo luogo con la *ratio* complessiva della legge n. 164 del 1982 (che accoglie un concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato, comprensivo anche di elementi di carattere psicologico e sociale, come già rilevato da Corte cost. n. 161/1985); in secondo luogo, essa è coerente con l'ampiezza del dato letterale della stessa legge n.164, laddove non offre precisi riferimenti testuali alle modalità attraverso cui realizzare la modificazione dei caratteri sessuali, nel rispetto della «irriducibile varietà delle singole situazioni soggettive»²⁰.

La Corte costituzionale, inoltre, fa esplicito riferimento alla sentenza n. 15138 del 2015 della Corte di cassazione che qui si commenta, condividendone gli approdi ermeneutici nel senso del ricorso alla chirurgia come soltanto uno dei possibili percorsi volti all'adeguamento dell'immagine esteriore alla propria identità personale e la cui necessità è lasciata al libero apprezzamento del giudice nell'ambito del procedimento di autorizzazione all'intervento chirurgico e in relazione alla specificità del caso concreto.

È evidenziato molto chiaramente come il trattamento chirurgico modificativo dei caratteri sessuali primari non costituisca prerequisito per accedere al procedimento di rettificazione, ma debba essere sempre orientato alla tutela della salute dell'individuo. Non un obiettivo predeterminato, dunque, ma un possibile mezzo, uno strumento funzionale al conseguimento del benessere psicofisico.

Quest'ultimo, infatti, è il fine a cui tende la *ratio* complessiva della legge n. 164 del 1982, alla quale la Corte costituzionale conferisce un vero e proprio "ruolo di garanzia del diritto all'identità di genere, come espressione del diritto all'identità personale e, al tempo stesso, di strumento per la piena realizzazione del diritto, dotato anch'esso di copertura costituzionale, alla salute"²¹.

Da ciò deriva che, nell'ambito del procedimento di autorizzazione all'intervento chirurgico, sarà lasciata al libero apprezzamento del giudice la valutazione della prevalenza del diritto alla tutela della

20 Corte costituzionale, sentenza del 5 novembre 2015, n. 221, *cit.*, punto n. 4.1.

21 *Ibidem*.

salute individuale rispetto alla determinazione della (non più ritenuta necessaria) corrispondenza tra sesso anatomico e sesso anagrafico.

Andrea Romano*

Orientamento sessuale e protezione internazionale nella sentenza *A, B, C v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* della Corte di giustizia: il problema della verifica della credibilità del richiedente LGBTI

Sommario

1. Introduzione – 2. La verifica della attendibilità del richiedente protezione internazionale: il quadro normativo rilevante e il peso dell'integrazione "extragiuridica" – 3. La sentenza della Corte di giustizia: le dichiarazioni del richiedente come "punto di partenza", i limiti del processo di verifica dell'attendibilità e la "non specialità" dell'orientamento sessuale come motivo di persecuzione – 4. La decisione della Corte in relazione alla giurisprudenza Cedu e italiana. In particolare il ruolo dell'UNHCR – 5. Considerazioni finali

Abstract

Il contributo analizza la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea nel caso *A, B, C v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*. La pronuncia affronta i limiti gravanti sulle autorità nazionali competenti chiamate a valutare i fatti e le circostanze di una richiesta di protezione internazionale presentata per il timore di persecuzione legato all'orientamento sessuale. La Corte di Giustizia esclude la legittimità di determinati metodi di verifica dell'attendibilità di quanto asserito dal richiedente asilo sulla base delle disposizioni della direttiva 2004/83 e applicando gli articoli 1 e 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Alla luce dell'esito e delle argomentazioni della sentenza, l'articolo approfondisce il tema della valutazione della credibilità delle dichiarazioni del richiedente asilo, considerando il rapporto tra le richieste fondate sull'orientamento sessuale ed altre richieste di protezione internazionale. L'articolo analizza il quadro normativo europeo rilevante e si sofferma sulla relazione tra la sentenza della Corte di Giustizia con la giurisprudenza della Corte edU e di quella interna.

*The article examines the judgment of the Court of Justice of the European Union (case *A, B, C v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*), dealing with the methods that national competent authorities can adopt when they assess asylum seekers claims based on the ground of sexual orientation. The Court excludes the legitimacy of certain methods of ascertaining the credibility of the applicant's declarations, drawing both upon relevant provisions of directive 2004/83 and the Charter of fundamental rights of the European Union (articles 1 and 7). In the light of the outcome and reasoning of the judgment, the article discusses the problem of the credibility assessment of asylum applicants, considering the relationship between claims founded on sexual orientation and other claims. In particular the article gives an insight into the relevant EU legal framework and reflect on the relationship between the judgment of the Court of Justice and ECtHR as well as national jurisprudence.*

* Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate, Università La Sapienza di Roma. Il contributo viene pubblicato in seguito a referees a doppio cieco.

1. Introduzione

Il 4 dicembre 2014 la Corte di Giustizia è tornata a pronunciarsi sulla questione della richiesta di protezione internazionale presentata per motivi legati all'orientamento sessuale nel caso di criminalizzazione dei rapporti tra persone dello stesso sesso nel paese di origine del rifugiato¹. La decisione si colloca in linea di continuità diretta con la sentenza dell'anno precedente del giudice europeo², con la quale era stato chiarito che le persone LGBTI rientrano nella categoria del "particolare gruppo sociale" di cui all'art. 10, comma 1, lettera (d) della direttiva 2011/95/UE³ (d'ora in avanti direttiva qualifiche) e pertanto possono richiedere protezione internazionale se hanno un fondato timore di subire una persecuzione nel proprio paese di origine per motivi legati all'orientamento sessuale. Nella sentenza in commento — che origina come la precedente da un rinvio pregiudiziale di un'autorità giudiziaria olandese, dato questo indubbiamente significativo — la Corte è chiamata a risolvere il diverso problema della fissazione delle modalità e dei limiti della verifica dell'attendibilità del richiedente asilo che dichiara di voler ricevere protezione a motivo del suo orientamento sessuale: più precisamente, la Corte ha dovuto rispondere al quesito se la direttiva qualifiche, interpretata in via sistematica con le norme rilevanti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (artt. 1, 3 e 7), impone determinati limiti alle autorità degli Stati membri nella fase della determinazione dello status di rifugiato, quando la domanda di protezione è basata su un timore di persecuzione legato all'orientamento sessuale⁴.

Da quando ha acquisito piena giurisdizione in materia di asilo, la Corte di Giustizia ha progressivamente assunto un ruolo centrale nel garantire il funzionamento del sistema comune europeo di asilo (cfr. art. 67 ss. TFUE), confrontandosi con la giurisprudenza della Corte Edu, colmando le lacune e le rigidità dell'architettura istituzionale disegnata dal sistema di Dublino e rafforzando in modo significativo la tutela dei richiedenti asilo e dei suoi beneficiari⁵. La cornice del dibattito politico e giuridico sull'asilo in cui può essere inserita la pronuncia è quella della ambizione dell'Unione europea verso l'approfondimento del grado di armonizzazione delle procedure di riconoscimento dell'asilo, della ricerca di soluzioni alla disparità dei tassi di riconoscimento delle domande di protezione internazionale nei paesi dell'Unione (c.d. *asylum lottery*)⁶ e del contrasto all'abuso del sistema europeo di asilo il cui funzionamento può essere minacciato da domande di asilo pretestuose (*bogus asylum seekers* nella terminologia britannica).

La sentenza nasce dalla riunione di tre cause aventi ad oggetto tre cittadini di paesi terzi (provenienti da Gambia, Afghanistan e Uganda) ai quali lo *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* olandese, per circostanze diverse, ha negato la protezione internazionale richiesta per il timore di persecuzione legato alla criminalizzazione delle relazioni tra omosessuali nei paesi di origine. Riguardo alle modalità e ai limiti del procedimento di verifica dell'attendibilità del richiedente, la Corte, seguendo le conclusioni dell'avvocato generale Sharpston, applica la Carta dei diritti fondamentali e risolve in senso sostanzialmente favorevole ai ricorrenti tutti i quesiti presentati.

- 1 Corte di giustizia dell'Unione europea, 2 dicembre 2014, *A, B, C v. Staatsecretaris van Veiligheid en Justitie*, cause riunite da C-148/13 a C-150/13, in questa Rivista, p. 313. Sulla legislazione dei paesi che tuttora prevedono norme incriminatrici delle relazioni omosessuali cfr. per tutti *Fleeing Homophobia. Sexual Orientation, Gender Identity and Asylum*, T. Spijkerboer (ed.), London-New York, Routledge, 2013; il sito dell'ILGA, www.ilga.org (International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association) rappresenta un prezioso strumento di documentazione.
- 2 Corte di giustizia Ue, 7 novembre 2013, cause C-199/12, C-201/12 X, Y, Z, *Minister voor Immigratie en Asiel*.
- 3 Si tratta della direttiva approvata in sostituzione della direttiva 2004/83/CE.
- 4 Per un commento alla decisione cfr. S. Peers, *LGBTI asylum-seekers: the CJEU sends mixed messages*, in *EU Law Analysis*, www.eulawanalysis.blogspot.it, 2 dicembre 2014; D. Mercadante, *La Corte di giustizia proibisce i cosiddetti test di omosessualità e precisa alcuni diritti dei richiedenti asilo perseguitati a causa dell'orientamento sessuale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumco-stituzionale.it, 2014; L. Conte, *Domande di pronuncia pregiudiziale proposte alla Corte dal Raad van State (Paesi Bassi) in occasione dei procedimenti A, B, C contro Staatsecretaris van Veiligheid en Justitie in Diritti comparati*, www.diritticomparati.it, 12 gennaio 2015; N. Markard, *Anmerkung zu EuGH, Rs. 199/13 u.a., A, B und C/Niederlande, Neue Verwaltung Zeitschrift*, 2015, pp. 135 ss.; P. Dunne, *A, B and C v. Staatsecretaris van Veiligheid Justitie: Fairer Assessment Procedures for Gay and Lesbian Asylum Applicants in the EU*, in *European Law Review*, 2015, 2, pp. 412 ss.
- 5 Per un bilancio recente di questa giurisprudenza cfr. E. Tsourdi, *What Role for the Court of Justice of the EU in the Development of a European Asylum Policy? The Case of Loss and Denial of International Protection in the EU*, in *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 2013, pp. 212 ss. e M. Garlick, *International Protection in Court: the Asylum Jurisprudence of the Court of Justice of the EU and UNHCR*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2015, pp. 1 ss.
- 6 Su cui cfr. in generale *Refugee roulette: disparities in asylum adjudication and proposals for reform*, J.R. Ramji-Nogales, A.I. Schoenholtz, P.G. Schrag (eds.), New York, New York University Press, 2009.

In primo luogo, la Corte stabilisce che le autorità competenti non possono basare la verifica dell'orientamento sessuale *unicamente* su domande vertenti su nozioni stereotipate riguardanti l'omosessualità, in particolare attinenti alla conoscenza delle associazioni per la difesa dei diritti degli omosessuali; in secondo luogo, applicando l'art. 7 della Carta, il giudice europeo esclude la possibilità che durante l'intervista dei richiedenti possano esser rivolte loro domande riguardanti le attività sessuali. Inoltre, la Corte fa riferimento all'art. 1 della Carta per stabilire che non è ammissibile che il richiedente, ai fini della dimostrazione della sua omosessualità, si sottoponga volontariamente a dei "test" o fornisca registrazioni video dei suoi atti intimi. Infine, la Corte chiarisce che una tardiva *disclosure* dell'omosessualità, come motivo della richiesta di protezione internazionale, non necessariamente pregiudica l'accoglimento della domanda. Rispetto all'esito della vicenda di partenza, il Consiglio di Stato olandese ha di recente affermato che il Ministero dell'interno è tenuto a chiarire come valuta in concreto la credibilità dell'orientamento sessuale dei richiedenti asilo⁷.

Si tratta di una pronuncia estremamente significativa per molteplici ragioni: innanzitutto perché la Corte di giustizia offre il proprio contributo sul tema della verifica dell'attendibilità del richiedente asilo, questione che già di per sé può risultare molto complessa, e che appare particolarmente controversa nel caso della determinazione dello *status* di rifugiato del richiedente asilo per motivi legati all'orientamento sessuale, in considerazione della delicatezza della valutazione sulla dimensione soggettiva del migrante così come della mancanza di un solido terreno giurisprudenziale e dello scarso approfondimento dottrinale. Per questa ragione — e in secondo luogo — la sentenza permette di tracciare un primo bilancio del ruolo della Corte di giustizia con riferimento al grado di sensibilità maturato in relazione al legame tra orientamento sessuale e asilo, in particolare mediante il confronto con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza nazionale. Se, infatti, nella soluzione di altre questioni legate all'asilo, la Corte di Strasburgo ha avuto il merito di incidere sugli sviluppi giurisprudenziali della Corte di Giustizia, nel caso della protezione internazionale per ragioni legate all'orientamento sessuale il rapporto tra Corte Edu e Corte di Giustizia può essere letto secondo un'ottica diversa, dal momento che il livello di tutela assicurato da quest'ultima, allo stato attuale, risulta superiore alla protezione garantita dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo (cfr. *infra* par. 4). D'altro canto, alcune statuizioni della più recente giurisprudenza italiana, di merito e di legittimità, sembrano contenere indicazioni in grado di innalzare lo standard di tutela assicurato dalla Corte di giustizia.

In terzo luogo, su un piano ancor più generale, la questione decisa dalla Corte ha implicazioni teoriche rilevanti — che qui si accenneranno appena — mettendo a tema un topos del pensiero politico ma anche della riflessione costituzionalistica quale il problema del processo di accertamento della verità nelle democrazie pluralistiche che può essere qui inquadrato come il rapporto tra verità, istanza di autodeterminazione (e protezione) ed esercizio del potere sovrano: il riconoscimento circa la fondatezza della domanda del rifugiato costituisce l'esito di un procedimento complesso in cui assumono rilievo la precarietà dei diritti fondamentali in questione — duplice, si potrebbe dire, nel caso dell'asilante LGBTI per l'intersezione di due dimensioni di vulnerabilità⁸ — l'incidenza della precomprensione culturale e dello stereotipo, il percorso di costruzione della soggettività del migrante. In fondo, non è solamente la narrazione del richiedente asilo ad essere sottoposta ad una verifica circa la sua attendibilità in quanto quest'ultima investe anche gli impegni costituzionali, europei ed internazionali degli Stati sul terreno della protezione della dignità e dei diritti fondamentali.

7 Cfr. Press release of the Council of State, 8 July 2015: <https://www.raadvanstate.nl/pers/persberichten/tekst-persbericht.html?id=751>.

8 Cfr. gli studi sull'*intersectionality* negli Stati Uniti di K. Crenshaw, *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity, Politics and Violence against Women of Color*, in *Stanford Law Review*, 1991; nella letteratura europea cfr. di recente il numero di *Raison politiques*, 58, 2015 a cura di É. Fassin.

2. La verifica della attendibilità del richiedente protezione internazionale: il quadro normativo rilevante e il peso dell'integrazione "extragiuridica"

La verifica dell'attendibilità del richiedente asilo⁹ non integra un presupposto necessario del riconoscimento dello *status*, dal momento che l'esame delle circostanze di fatto alla base della richiesta di protezione può essere sufficiente a dimostrare la sussistenza del fondato motivo di persecuzione¹⁰. Tuttavia, è evidente che in mancanza di elementi probatori, il tema della verifica dell'attendibilità del richiedente asilo diventa il problema cruciale nella determinazione dello *status* di rifugiato¹¹ e secondo alcuni studi l'inattendibilità del richiedente rappresenta uno dei fattori di maggiore incidenza nel diniego del riconoscimento¹². Le decisioni riguardanti l'orientamento sessuale si inseriscono in un quadro più ampio che riguarda la determinazione dell'età, l'appartenenza religiosa e ad un gruppo etnico e al riguardo si è posto il problema circa l'esistenza di elementi di specialità nel caso di persecuzione legata all'orientamento sessuale.

Se il tema della credibilità costituisce indubbiamente un aspetto estremamente problematico dell'asilo in sé e ancor di più nel quadro della uniformazione delle procedure di asilo in ambito europeo, il problema principale risiede nel rintracciare le fonti di riduzione di tale complessità a partire dal quadro normativo rilevante. Al riguardo, come da più parti è stato sottolineato, la disciplina europea, rispetto agli strumenti giuridici internazionali e alla legislazione degli Stati membri (e tale considerazione è senz'altro applicabile all'ordinamento italiano), ha segnato un passo in avanti significativo nel contribuire a definire in un testo normativo dei parametri in grado di vincolare ed orientare l'attività delle autorità competenti nella fase della determinazione dello *status* di rifugiato¹³. A livello internazionale, la Convenzione di Ginevra del 1951 non offre particolari indicazioni, limitandosi a stabilire che il rifugiato è tenuto a provare un fondato timore di essere perseguitato; piuttosto, in ambito internazionale, un contributo significativo va riconosciuto all'UNHCR i cui studi e rapporti al riguardo hanno profondamente influenzato la redazione delle norme europee¹⁴.

- 9 In Italia la determinazione dello status di rifugiato è affidata alle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale: cfr. art. 4, d.lgs. 25/2008.
- 10 Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza C-277/11, *Mi*, per una chiara esplicitazione delle fasi in cui si articola la verifica della domande del richiedente asilo. La letteratura sul tema della valutazione della credibilità non è particolarmente vasta: sulla disciplina europea si vedano i lavori di I. Staffans, *Evidence in european asylum procedure*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, *passim*; *Proof, evidentiary assessment and credibility in asylum procedures*, G. Noll (ed.), Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2005; K. Haibronner, S. Alt, *Art. 1-10 in EU Immigration and Asylum Law: regulations and directives commentary*, K. Haibronner (ed.), München, Beck, 2011, pp. 1006 ss.; J.A. Sweeney, *Credibility, Proof and Refugee Law in International Journal of Refugee Law*, 2009, 21, pp. 700 ss.; con riferimento al Regno Unito, R. Thomas, *Administrative justice and asylum appeals: a study of tribunal adjudication*, Oxford, Hart, 2011, *passim* e spec. pp. 134 ss; negli Stati Uniti il maggior esperto è W. Kagan, di cui si segnala *Is Truth in the Eye of the Beholder? Objective Credibility Assessment in Refugee Status Determination* e da ultimo Id., *Asylum Credibility and the Struggle for Objectivity*, in *Georgetown Journal of International Affairs*, 2015, pp. 123 ss.; con riferimento all'Australia, J. Millibank, *The Ring of Truth: a Case Study of Credibility Assessment in Particular Social Group Refugee Determinations*, in *International Journal of Refugee Law*, 2009, Oltre ai lavori citati con specifico riferimento alla valutazione della credibilità nei casi relativi all'orientamento sessuale cfr. C. Dauvergne, J. Millibank, *Burdened by Proof – How the Australian Refugee Review Tribunal has failed lesbian and gay asylum seekers*, in *Federal Law Review*, 2003, pp. 299 ss.; L. Berg, J. Millibank, *Normativity and Credibility of Sexual Orientation in Asylum Decision Making in Fleeing*, T. Spijkerboer (ed.), cit.; J. Weßels, *Sexual orientation in Refugee Status Determination*, Refugee Study Center, Working paper series, No. 73.
- 11 Cfr. le conclusioni dell'avvocato generale Sharpston, punto 43.
- 12 Con riferimento all'Australia J. Millibank, *From discretion to disbelief: recent trends in refugee determinations on the basis of sexual orientation in Australia and the United Kingdom*, in *The International Journal of Human Rights*, 2009, p. 399 osserva che tra il 2001 e il 2007 il 38% delle richieste di asilo con riferimento all'orientamento sessuale sono state rigettate sulla base della inattendibilità.
- 13 Così G. Noll, *Evidentiary assessment and the EU qualification directive*, Working Paper No. 117, <http://www.unhcr.org/42bbcb092.pdf>: la giurisprudenza della Corte di giustizia, tuttavia, come si vedrà ha evidenziato i limiti della direttiva sotto il profilo della verifica dell'attendibilità e induce a dover sfumare l'interpretazione positiva dell'autore rispetto alle potenzialità della direttiva qualifichie formulata al momento in cui entrò in vigore.
- 14 Non a caso la direttiva nel suo considerando n. 15 sottolinea l'importanza dell'UNHCR i cui documenti più rilevanti sono il *Manuale sulle procedure e i criteri per la determinazione dello status di rifugiato*, edito nel 1979 e ripubblicato da ultimo nel 2011, le *Guidelines on the selected issues on interpretation interpreting art. 1 Geneva convention of 2001* e le *Linee Guida in materia di protezione internazionale n. 9 del 2012*. Occorre distinguere questi documenti che costituiscono una guida per l'interpretazione giuridica della Convenzione di Ginevra del 1951 dagli altri rapporti e documenti dello stesso organismo tra i quali al riguardo occorre

D'altro canto, l'importanza della disciplina europea emerge anche dal confronto con le legislazioni nazionali¹⁵, sia perché l'intervento dell'Unione è rivolto a garantire l'uniformazione dei criteri di verifica della credibilità, necessaria per il funzionamento del sistema di Dublino (e per ridurre il fenomeno sopramenzionato dell'*asylum lottery*), sia per colmare le carenze parziali o totali (come nel caso italiano) delle normative degli Stati membri. Tuttavia, proprio la sentenza della Corte di giustizia evidenzia come nonostante il grado di avanzamento della normativa europea, una risposta ulteriore al problema del *credibility assessment* gioverebbe al funzionamento del riconoscimento dello status di rifugiato. È lo stesso avvocato generale, in particolare, a rilevare la carenza al riguardo delle norme europee e a sostenere che una disciplina maggiormente dettagliata è affidata agli Stati membri¹⁶.

Per tali ragioni e per meglio comprendere il quadro normativo nel quale la pronuncia in commento della Corte di giustizia si è inserita, conviene ripercorrere sinteticamente alcune delle norme europee più significative che sono contenute, principalmente, nella già citata direttiva qualifiche e, in parte, nella direttiva 2013/32/UE (d'ora in avanti direttiva procedure). Evidenziare il contenuto delle norme rilevanti servirà, inoltre, a mettere in luce gli aspetti più importanti per quanto riguarda la determinazione dello status di rifugiato per motivi legati all'orientamento sessuale.

L'art. 4 della direttiva qualifiche stabilisce che spetta al richiedente produrre "quanto prima" tutti gli elementi necessari a motivare la domanda di protezione internazionale. La precisazione relativa all'elemento temporale — "quanto prima" — non è da interpretarsi rigidamente come si dirà a breve a commento della sentenza della Corte di Giustizia. Inoltre, se è certo che l'onere della prova incombe sul richiedente, esso è mitigato dalla esplicitazione di un principio di cooperazione tra quest'ultimo e le autorità competenti, dal momento che lo Stato membro è tenuto, in cooperazione con il richiedente, a esaminare "tutti gli elementi significativi della domanda"¹⁷; ciò, peraltro, rappresenta uno dei caratteri che vale a distinguere il regime dell'onere probatorio nel procedimento in questione da quello vigente nel processo civile¹⁸. Tale principio di cooperazione ha delle importanti ricadute applicative in quanto la norma, basandosi sul presupposto della difficoltà dell'onere probatorio, impone alle autorità procedenti un ruolo attivo nella ricerca dei fatti oggettivi a fondamento della domanda di protezione internazionale. Un'ulteriore espansione dell'ambito applicativo della norma, invece, è stata di recente esclusa dalla Corte di giustizia: mentre una autorevole dottrina aveva prospettato la possibilità di far discendere dalla disposizione in questione un divieto per l'autorità competente di procedere "a carte coperte"¹⁹, una recente sentenza della Corte ha affermato che la norma non implica che le autorità procedenti debbano rivelare il contenuto dei documenti che lasciano supporre un diniego del riconoscimento²⁰.

Lo stesso art. 4 chiarisce che l'esame della domanda deve avvenire "su base individuale" ed è volto alla valutazione delle circostanze di fatto relative al paese di origine del rifugiato comprese le disposizioni legislative (e regolamentari) e le sue "modalità di applicazione". Si tratta di una precisazione rilevante nell'ambito della protezione del richiedente asilo omosessuale, in quanto come ha chiarito la Corte di giustizia nella sentenza del 2013, al fine del riconoscimento della protezione non è sufficiente la criminalizzazione delle relazioni omosessuali a livello normativo ma è necessaria la concreta applica-

citare *Beyond proof: credibility assessment in the EU Asylum System*, Maggio 2013, finanziato dalla Commissione europea. Di un certo interesse anche il documento *Intervistare i richiedenti asilo* disponibile al sito www.unhcr.it.

15 Cfr. per uno studio comparativo delle esperienze del Regno Unito, Germania e Finlandia I. Staffans, *Evidence*, cit., *passim*.

16 Conclusioni, punto 50.

17 Il principio di cooperazione è stato mutuato dall'*Allgemeine mitwirkungspflichten* previsto dall'art. 15 dell'*Asylenverfahrensgesetz* dell'ordinamento tedesco: per un primo approfondimento cfr. I. Staffans, *Evidence*, cit., p. 125 e G. Renner, *Ausländerrecht* München, Beck, 2011, sub Art. 15 *Asylverfahrensgesetz*.

18 Cfr. al riguardo Corte di cassazione, sezioni unite civile, n. 27310 del 17 novembre 2008: "L'autorità amministrativa esaminante e il giudice devono svolgere un ruolo attivo nell'istruzione della domanda, disancorato dal principio dispositivo proprio del giudizio civile ordinario e libero da preclusioni o impedimenti processuali, oltre che fondato sulla possibilità di assumere informazioni ed acquisire tutta la documentazione necessaria", in *Articolo 29*, www.articolo29.it. Sulla distinzione tra lo standard di prova richiesto nel procedimento di determinazione dello status di rifugiato e altri procedimenti cfr. le Conclusioni dell'avvocato generale, punto 73 laddove rimarca la non compatibilità con l'art. 4 della direttiva di una normativa che prevede "un livello di prova quale quello richiesto nei procedimenti penali o aventi carattere quasi penale".

19 Cfr. G. Noll, *Evidentiary*, cit., p. 9. "The rule can mean that the applicant must be given access to information and assessments the authorities have brought to bear in the case (arts. 4.3.c, d, and e QD). Otherwise, the applicant cannot be part of the assessment process, and this would conflict with art. 4.1 QD, second sentence. Consequently, this would mean that *classified investigative material which cannot be shared with the applicant must be excluded from the basis for a decision in the case*" (corsivo aggiunto).

20 Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza C-277/11, *M*, par. 59 ss.

zione di tali norme²¹. Inoltre, vanno tenute in considerazione la situazione individuale e le circostanze individuali del richiedente e si tratta come si vedrà di un profilo particolarmente valorizzato dalla Corte nella sentenza in commento.

Tra le disposizioni contenute nell'art. 4, un rilievo centrale è ricoperto dal principio previsto al comma 5, in quanto esso può assumere un peso decisivo in quelle situazioni in cui l'incertezza dell'attendibilità può essere molto alta: infatti, in considerazione della prevedibile difficoltà di raggiungere lo standard di prova richiesto dalla normativa nazionale, il legislatore europeo ha introdotto una clausola di salvaguardia che consente di ritenere raggiunta l'attendibilità del richiedente anche quando "taluni aspetti della dichiarazione del richiedente non sono suffragati da prove documentali o di altro tipo". In sostanza, la dichiarazione del richiedente può essere sufficiente al riconoscimento della protezione internazionale, in tal caso però devono essere soddisfatte una serie di condizioni previste dalla norma suddetta²².

Oltre all'art. 4 della direttiva qualifiche, come si accennava, integra il quadro normativo la direttiva procedure, che contiene indicazioni circa lo svolgimento del procedimento di verifica della credibilità del richiedente asilo. Al riguardo va osservato che la versione attualmente vigente ha innalzato lo standard di garanzia dei diritti dei rifugiati mediante l'inserimento di disposizioni che migliorano il procedimento di verifica, sia approfondendo la consapevolezza di quest'ultimo circa il procedimento a cui dovrà sottoporsi che potenziando la competenza delle autorità competenti. In particolare, tra le novità più rilevanti a questo proposito, ci si limita a menzionare l'espressa previsione secondo cui le autorità procedenti possono avvalersi della consulenza di esperti in determinati ambiti, tra cui è enumerata la competenza sulle questioni di genere (art. 10, comma 3 lett. d). Si tratta di una modifica che si lega ad un'altra innovazione significativa quale la specificazione secondo cui la persona incaricata di condurre il colloquio con il richiedente asilo deve avere la competenza tale da poter tener conto non solo del "contesto personale e generale in cui nasce la domanda" (come era nella previsione precedente) ma anche — tra le altre cose — "del genere, dell'orientamento sessuale e dell'identità sessuale del richiedente"²³. Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, si può segnalare che delle due modifiche solo la prima è stata recepita dal legislatore interno²⁴.

D'altro canto, deve segnalarsi che nella direttiva procedure sono contenute anche disposizioni in grado di incidere negativamente nel procedimento di valutazione della credibilità del richiedente, prevedendo una serie di ipotesi in cui l'esame della domanda può essere accelerato, ciò che può determinare una più sommaria ed approssimativa verifica della concreta situazione sottostante²⁵.

La complessità della materia e l'insufficienza della normativa europea pongono il problema della possibile integrazione dell'insieme di regole e principi in materia probatoria mediante il ricorso a strumenti extragiuridici che introducono in particolare elementi di psicologia nel processo di verifica dell'attendibilità: una tale apertura da parte delle autorità competenti all'approfondimento di profili metagiuridici del resto è promossa nella stessa direttiva procedure come appena visto, là dove prevede il ricorso alla consulenza di esperti. Un profilo sui cui occorrerebbe in proposito riflettere, potrebbe essere la non necessaria correlazione tra gli elementi che in qualche modo indeboliscono la narrazione del richiedente e il fondato motivo di subire un trattamento persecutorio: in altri termini, elementi quali ad esempio la eventuale contraddittorietà o incompletezza delle dichiarazioni — che secondo l'uso comune possono essere indice di una scarsa attendibilità — possono essere il frutto di molteplici e complessi fattori, non necessariamente riconducibili ad una domanda di asilo pretestuosa²⁶. Al riguardo, risultano di particolare interesse gli studi che approfondendo questa materia secondo un approccio interdisciplinare (considerando in particolare il contributo della sociologia e dell'antropologia ma anche della neurobiologia e psichiatria) mettono in relazione la memoria e le modalità della narrazione della persecuzione o

21 Cfr. *infra* par. 4 per il richiamo alla interpretazione maggiormente garantista offerta dalla Corte di cassazione rispetto alla Corte di giustizia nel caso *X, Y, Z v. Minister voor Immigratie en Asiel*, C-199/12 del 7 novembre 2013.

22 Cfr. art. 4, comma 5.

23 Cfr. art. 15, co. 3, lett. a).

24 Cfr. d.lgs. n. 142 del 2015. Tuttavia l'ordinamento italiano ha recepito pedissequamente la normativa europea — per un commento cfr. A. Fiorini, E. Pieroni, *Il recepimento italiano della direttiva qualifiche* in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2014, pp. 17 ss. — adeguandosi in particolare al nuovo considerando 18 previsto nel "recast" della direttiva che al riguardo ha inserito indicazioni speciali per la valutazione della richiesta di protezione internazionale presentata da un minore (cfr. l'art. 3, co. 5, lett. e) stabilendo espressamente di tenere in considerazione il suo grado di maturità e di sviluppo personale.

25 Sottolinea questo profilo R. Thomas, *Administrative justice*, cit., p. 88.

26 Indicazioni preziose al riguardo sono offerte dal rapporto *Beyond proof*, cit., p. 66 ss.

discriminazione subita, da un lato, con i contesti culturali e l'appartenenza etnica²⁷, dall'altro. Tali studi, al contempo, evidenziano la diversità degli elementi valorizzati in una determinata deposizione di un rifugiato a seconda della/e culture di riferimento. Allo stesso modo, queste ricerche fanno riferimento al peso che il trauma riveste nel portare alla memoria l'esperienza persecutoria o discriminatoria e la sua potenziale incidenza negativa nel procedimento di verifica dell'attendibilità del dichiarante²⁸. Peraltro, se oggetto di tali studi è la figura del migrante, altrettanto significativo è l'approfondimento del profilo delle autorità competenti, tanto dei condizionamenti politici e sociali quanto della incidenza di elementi psicologici o addirittura patologici nella assunzione delle decisioni: l'evidenziazione della ricorrenza dei fenomeni di *burnout* e di trauma vicario nelle persone incaricate nella verifica dello status di rifugiato, getta una nuova luce sulla problematicità di questo procedimento²⁹.

La necessità di una integrazione del dato normativo con dei parametri extragiuridici assume un particolare rilievo nell'ambito della determinazione dello status di rifugiato per motivi legati all'orientamento sessuale. Al riguardo vale la pena citare il modello elaborato dall'avvocato britannico Chelvan, teso al superamento delle domande stereotipate che ricorrono nelle interviste ai richiedenti asilo e basato su una griglia concettuale composta dalle espressioni "differenza", "stigma", "vergogna" e "pregiudizio" su cui costruire le domande per l'intervista con il rifugiato. L'autore lo descrive come uno strumento "to enable the asylum applicants an ability to address their individual narrative by asking specific 'trigger questions', to enable further investigations". Il beneficio che deriverebbe dall'adozione di tale modello consisterebbe nell'aver individuato delle caratteristiche che accomunano l'esperienza di coloro che fuggono dai propri paesi di origine e richiedono asilo per motivi legati all'orientamento sessuale³⁰. Si tratta di un sistema particolarmente apprezzato tra gli attori istituzionali e della società civile coinvolti nel procedimento di determinazione dello status, tanto che il rapporto *Credo* attesta che l'UNHCR ne fa menzione nelle sue Linee Guida³¹, nel Regno Unito alcuni funzionari ne hanno riconosciuto l'utilità e se ne sta valutando la sua possibile introduzione, mentre in altri Stati il sistema sarebbe già stato adottato³².

3. La sentenza della Corte di giustizia: le dichiarazioni del richiedente come "punto di partenza", i limiti del processo di verifica dell'attendibilità e la "non specialità" dell'orientamento sessuale come motivo di persecuzione

Il riferimento alla necessità di superare il pregiudizio, lo stereotipo e la focalizzazione sull'attività sessuale nell'indagine sulla verifica dell'attendibilità del richiedente asilo può servire ad introdurre i problemi risolti dalla sentenza della Corte di giustizia e le domande che ha lasciato insoddisfatte. La Corte è stata chiamata a mediare dinanzi a due posizioni opposte: da un lato i ricorrenti richiedevano l'utilizzo delle sole dichiarazioni (*self-assessment*) circa l'orientamento sessuale, negando la competenza delle autorità a verificare la veridicità di tali dichiarazioni, sostenendo come ciò avrebbe rappresentato una violazione del diritto alla vita privata e familiare. Dal canto suo lo *Staatssecretaris* difendeva la tesi esattamente opposta, rivendicando il diritto a non ritenere sufficiente la dichiarazione del ricorrente.

Il dilemma è risolto quindi nel modo seguente dalla Corte: le autodichiarazioni circa l'orientamento sessuale costituiscono solo il "punto di partenza" ma non possono esaurire il procedimento di verifica. In sostanza il ragionamento della Corte mira ad escludere l'individuazione dell'omosessualità quale un'area speciale rispetto alle altre ragioni che legittimano la protezione internazionale; in effetti, domande di protezione internazionale fondate su motivi diversi dall'orientamento sessuale, come

27 *Credo. Credibility Assessment in Asylum Procedures. A Multidisciplinary Training Manual*, G. Gyulai (ed.), vol. 1, 2013, pp. 63 ss e vol. 2, 2015, p. 40 (con specifico riferimento alla relazione tra genere, orientamento sessuale e memoria), Hungarian Helsinki Committee e *Beyond Proof*, cit., pp. 61 ss.

28 Cfr. ad esempio *Credibility of Asylum Claims: Consistency and Accuracy of Autobiographical Memory Reports Following Trauma*, in *Applied Cognitive Psychology*, 26, 2012, pp. 677 ss.

29 Cfr. per l'indicazione di casi giurisprudenziali *Beyond Proof*, cit., p. 79 ss.; per l'indicazione di dati al riguardo *Credo*, G. Gyulai (ed.), cit., p. 195.

30 Cfr. <http://europeanlawblog.eu/?p=2622#sthash.CGQDUTD4.dpuf>.

31 Cfr. <http://www.unhcr.org/509136ca9.pdf>, v. n. 62.

32 Cfr. nuovamente il rapporto *Credo*.

quelle relative alla fede religiosa possono porre problemi simili anche se non del tutto sovrapponibili e un approfondimento al riguardo sarebbe stato utile. Ebbene, a fronte di una simile statuizione — certo non priva di problematicità ma difficilmente contestabile sulla base della formulazione della direttiva che non prevede espressamente delle eccezioni per l'orientamento sessuale — è possibile rintracciare nella pronuncia tre importanti precisazioni che ne mitigano la portata: per un verso, la Corte sostiene la necessità di adeguare la valutazione rispetto alla ragione della richiesta di asilo³³; si tratta di un rilievo che può avere delle conseguenze pratiche significative rispetto all'adozione di particolari "modelli" di esame delle richieste di protezione in considerazione della categoria di richiedente³⁴. Per altro verso, la Corte ricorda lo stemperamento dell'onere probatorio in capo al ricorrente mediante l'applicazione del principio di cooperazione che impone allo Stato membro di attivarsi per trovare conferme circa quanto affermato dal richiedente. Infine, ed è l'elemento più rilevante nei casi legati all'orientamento sessuale, la Corte ribadisce l'importanza dell'art. 4, comma 5 della direttiva: l'autoasserzione del richiedente circa l'orientamento sessuale può essere ritenuta non sufficiente, ma se il richiedente soddisfa le condizioni previste da tale norma non è necessaria alcuna prova documentale o di altro tipo. Ne deriva, come afferma l'avvocato generale, che ai richiedenti deve essere data "l'opportunità di rispondere a domande relative alla loro credibilità"³⁵.

Tuttavia, l'interpretazione sistematica della direttiva qualifica anche alla luce della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea impone alla Corte di circoscrivere il potere delle autorità nazionali di verificare l'attendibilità del richiedente. È dunque in tale prospettiva che sia l'avvocato generale che la Corte individuano i parametri rilevanti nell'art. 1 e 7 della Carta. Ne deriva una pronuncia che mediante alcune precisazioni, non scontate, sull'interpretazione della direttiva qualifica risulta caratterizzata da una decisa valorizzazione della protezione dell'individuo. Ciò sia pur smarrendo il più deciso "tono costituzionale" delle conclusioni dell'avvocato generale³⁶. In particolare, la sentenza è significativa, da una parte, perché quanto appena ricordato rileva per l'inquadramento generale del problema della verifica dell'attendibilità del richiedente asilo, con implicazioni quindi che riguardano le richieste di protezione internazionale per ragioni diverse dall'orientamento sessuale. D'altro canto, la Corte offre precise indicazioni per la valutazione della richiesta di protezione internazionale del richiedente asilo in ragione del suo orientamento sessuale.

Al riguardo, la Corte esclude quattro modalità di valutazione del richiedente, di cui, per comodità espositiva, può essere più agevole darne conto rispetto al parametro violato piuttosto che seguire l'ordine della sentenza: infatti, due di queste modalità di valutazione sono incompatibili con la direttiva e le altre due costituiscono una violazione della Carta. In primo luogo, la direttiva non consente alle autorità di stabilire la credibilità "esclusivamente" sulla base di domande stereotipate — volte in particolare ad accertare se il richiedente conosce le associazioni a difesa degli omosessuali — dal momento che la direttiva richiede che la valutazione debba tener conto "della situazione individuale e delle circostanze personali del richiedente". Tuttavia, l'ammissione della Corte secondo cui le nozioni stereotipate "possono costituire un elemento utile a disposizione delle autorità competenti" desta molte perplessità, essendo un'affermazione priva di argomentazione e rappresentando peraltro un *obiter* ininfluenza ai fini della decisione.

Del pari incompatibile con la direttiva è l'esclusione della credibilità sulla base di una tardiva rivelazione da parte del richiedente circa il fatto che l'omosessualità costituisce il motivo della richiesta di protezione internazionale. Al riguardo, la Corte supera l'indicazione letterale secondo cui il richiedente è tenuto a presentare tutti gli elementi a sostegno della sua domanda "quanto prima", valorizzando il profilo appena esaminato e cioè interpretando sistematicamente l'espressione "quanto prima" con la necessaria considerazione della situazione individuale e delle circostanze personali del richiedente. Si può aggiungere che questa conclusione della Corte era meno prevedibile rispetto alla precedente ed è, inoltre, affine ad una recente sentenza della Corte di cassazione italiana, come si dirà³⁷. Se non può affer-

33 Corte di giustizia Ue, punto 54.

34 Conclusioni, punto 49: "ne consegue ineluttabilmente che le domande volte al riconoscimento dello status di rifugiato sulla base dell'orientamento sessuale, come ogni altra domanda volta al riconoscimento dello status di rifugiato, sono soggette ad un processo di valutazione come imposto dall'articolo 4 della direttiva qualifica" (corsivo aggiunto). Tale apertura della Corte potrebbe quindi lasciare intravedere una possibile considerazione — nel caso di richieste di protezione per l'orientamento sessuale — del citato sistema DSSH proposto dell'avvocato britannico.

35 Conclusioni, punto 81.

36 Cfr. in particolare il punto 47 delle conclusioni: "si tratta di questioni d'integrità della persona umana, di libertà individuali e di valori fondamentali dell'Unione".

37 Cfr. Corte di Cassazione, VI sezione civile, sentenza del 5 marzo 2015 n. 4522, in *Articolo 29*, www.articolo29.it.

marsi che si tratti di un profilo esclusivamente legato alla protezione dell'orientamento sessuale, certo è che è la prima volta che la Corte interpreta in questo modo il requisito temporale posto dalla direttiva e attesta la consapevolezza del giudice europeo della difficoltà che possono impedire al richiedente di rivelare la vera ragione della sua esigenza di protezione. Occorre infatti riconoscere che la difficoltà nella *disclosure* del motivo della fuga è un aspetto particolarmente caratterizzante — anche se ovviamente non esclusivo — la richiesta di protezione per orientamento sessuale: sia sufficiente qui il richiamo al potenziale antagonismo da parte delle cerchie sociali più vicine al richiedente rispetto all'orientamento sessuale dichiarato o appositamente celato³⁸. A differenza di altre richieste di protezione internazionale, infatti, la mancata condivisione o anche l'ignoranza da parte della famiglia o della comunità di appartenenza della ragione della fuga è un aspetto particolarmente comune tra i richiedenti LGBTI.

Inoltre risultano di grande interesse le indicazioni della Corte riguardo alla concreta situazione di vita dell'omosessuale, laddove nella sentenza si fa riferimento alla “delicatezza delle questioni relative alla sfera personale di un individuo” e alla “vulnerabilità del richiedente” che fondano la necessità di orientare l'interpretazione dell'espressione “quanto prima” in senso favorevole al richiedente. Questi ultimi rilievi sembrano confermare la sensazione di una forte valorizzazione della protezione dell'individuo contenuta nell'argomentazione della Corte. Nelle ultime due risposte la Corte esclude, da un lato, la possibilità che nella fase dell'intervista possano essere formulate domande attinenti all'attività sessuale e, dall'altro, ritiene incompatibile la sottoposizione del richiedente — anche con il suo consenso — a dei test per “provare l'omosessualità” e la produzione di prove documentali. Oltre al richiamo degli artt. 1 e 7 sembrano di interesse due osservazioni svolte al riguardo dalla Corte, seppur in modo molto sintetico: da un lato, la specificazione della inidoneità del valore probatorio di tali strumenti, che assume importanza per gli Stati membri che in passato hanno adottato strumenti di verifica in violazione manifesta della dignità e dei diritti fondamentali³⁹; dall'altro, la notazione molto realistica secondo cui consentire ai richiedenti asilo di sottoporsi volontariamente a dei test “avrebbe un effetto incentivante nei confronti di altri richiedenti e equivarrebbe, di fatto, a imporre a questi ultimi prove siffatte”. È evidente in questo passaggio, dunque, il tentativo della Corte di fissare dei principi che vanno oltre il caso concreto e la situazione individuale coinvolta per orientare in senso umanitario la disciplina e l'attività materiale della determinazione dello status di rifugiato.

Va comunque segnalato che la decisione della Corte lascia alcune questioni aperte: innanzitutto la Corte non centra quello che sembra essere un profilo particolarmente rilevante per impostare il problema e cioè che oggetto dell'accertamento non può essere l'effettivo orientamento LGBTI del richiedente ma semmai occorre stabilire se l'orientamento sessuale ha rappresentato un motivo di persecuzione in passato o se tale orientamento rappresenta un serio rischio di persecuzione in caso di *refoulement* nel paese di origine. Come è stato attentamente osservato, non è oggetto di verifica l'attendibilità del richiedente in quanto tale ma le sue dichiarazioni⁴⁰. La distinzione non è priva di risvolti applicativi: basti pensare al caso deciso dalla Corte Edu⁴¹ (cfr. subito *infra*) secondo cui la volontà dichiarata dal richiedente di continuare a vivere con la propria moglie è uno dei fattori che pregiudica la credibilità del richiedente, con conseguente irrilevanza, della possibile persecuzione effettivamente subita dal rifugiato nel proprio paese di origine.

Inoltre è evidente che la Corte lascia aperto l'interrogativo rispetto a quali altri metodi siano vietati in base alla direttiva e alla Carta e quali invece siano consentiti. Se è vero che si sarebbe trattato di un'operazione indubbiamente complessa e che la Corte ha preferito affidare espressamente agli Stati membri, la sentenza offriva la possibilità di enucleare standard di valutazione di applicazione generale. Un'opportunità in tal senso era stata presentata dall'intervento in giudizio dell'UNHCR che aveva individuato due categorie di metodi di valutazione della credibilità⁴²: la prima caratterizzata da un di-

38 Cfr. al riguardo le *Linee Guida*, par. 63 “Relazioni familiari”.

39 Cfr. <https://euobserver.com/lgbti/32349>: si può vedere al riguardo il rapporto della Agenzia per i diritti fondamentali, *Homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity*, 2010 Update, p. 55 ss.

40 Si sofferma su questo profilo W. Kagan, *Believable Victims*, cit. spec. p. 381 che specifica come oggetto della verifica sia la testimonianza del richiedente e non il richiedente in sé; partendo dalla definizione dell'UNHCR della credibilità come “capacità di essere creduto”, Kagan rileva come la domanda che dovrebbe porsi l'autorità competente è “could a person believe the testimony?” anziché “do I believe this person?”. La prima domanda corrisponde all’“essere credibile” (*being believable*) mentre la seconda all’“essere creduto” (*being believed*) ed è la prima e non anche la seconda a rilevare nella determinazione dello status di rifugiato.

41 Corte europea dei diritti dell'Uomo, sentenza *MKN v. Svezia*, punto 9.

42 Cfr. UNHCR's Oral Submissions at the Court of Justice of the European Union Hearing of the case of Minister voor Immigratie en Asiel v A, B and C (C-148/13, C-149/13, and C-150/13) 25 February 2014, Luxembourg, <http://goo.gl/0fwFLw>

vieta assoluto di utilizzo in quanto contenente metodi in violazione della dignità (l'avvocato generale la definisce "lista nera"), e l'altra caratterizzata da un divieto relativo in quanto comprensiva di strumenti suscettibili di violare la Carta a seconda della modalità di espletazione (c.d. "lista grigia"): la questione non emerge nella sentenza ma solo nelle conclusioni dell'avvocato generale che pur apprezzandone l'utilità ritiene che essa presenta alcuni limiti di utilizzo⁴³. E tuttavia ci si chiede se una simile distinzione non offrisse il vantaggio di fare maggior chiarezza rispetto alle concrete modalità di svolgimento delle interviste: proprio il profilo critico segnalato in precedenza, secondo cui per la Corte "nozioni stereotipate possono consentire uno strumento utile a disposizione delle autorità competenti", poteva essere risolto nel senso di inserire le domande vertenti sugli stereotipi nella "lista grigia" in modo da valutare caso per caso la sua compatibilità con la Carta e le disposizioni rilevanti della direttiva.

4. La decisione della Corte in relazione alla giurisprudenza Cedu e italiana. In particolare il ruolo dell'UNHCR

In conclusione si può accennare al "posto" della pronuncia della Corte di giustizia nell'ambito dello specifico settore della verifica della credibilità del richiedente asilo per ragioni legate all'orientamento sessuale. La sentenza della Corte, infatti, si inserisce in un'arena globale in cui molteplici attori interagiscono, disputano e si confrontano sulla valutazione della credibilità dei richiedenti asilo: in quest'ambito, infatti, si sta formando un patrimonio di esperienze, composto dalle pronunce delle Corti, dall'attività di interpretazione della Convenzione del 1951 da parte dell'UNHCR, dai rapporti di alcuni organismi amministrativi competenti a determinare lo status di rifugiato⁴⁴, dall'attività di ricerca di istituzioni e organismi non governativi⁴⁵. Il panorama delle pronunce giurisprudenziali non ancora molto consistente — anche perché la rilevanza normativa del fenomeno è come si è visto recente — è caratterizzato dalla stratificazione di diversi orientamenti giurisprudenziali, in cui non manca la consapevolezza da parte dei giudici della complessità del fenomeno ma in cui allo stesso tempo lo stereotipo e il pregiudizio continuano ad incidere in modo significativo sulla credibilità del richiedente e quindi sull'esito dell'istanza di protezione⁴⁶. Si tratta di un fenomeno che riguarda in particolar modo l'esperienza di Australia, Stati Uniti e Canada e alcuni paesi del Nord Europa (Olanda e Regno Unito in particolare) in cui è maggiormente evidente la natura servente delle norme sull'asilo rispetto al controllo dell'immigrazione ed è presente un intenso dibattito sulla pretestuosità delle domande di protezione internazionale⁴⁷.

Se si riflette, invece, sul peso della decisione nell'ordinamento interno, esaminando la più recente giurisprudenza di merito e di legittimità⁴⁸, emerge che alcuni dei principi fissati dalla giurisprudenza

43 Conclusioni, punto 58.

44 Cfr. il documento dell'Home Office britannico *Assessing credibility and refugee status*, del 30 luglio 2012, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/397778/ASSESSING_CREDIBILITY_AND_REFUGEE_STATUS_V9_0.pdf.

45 Cfr. in particolare i principi di Yogyakarta, <http://www.yogyakartaprinciples.org/>.

46 Cfr. M. Winkler, *A silent right is not a right: orientamento sessuale, diritti fondamentali e "coming out". A margine di una recente sentenza inglese in tema di rifugiati*, in *Il Corriere giuridico*, 10/2011, p. 1375, cita ad es. il caso *Todorovic v. US Attorney general*, paradigmatico dell'approccio mediante stereotipi all'orientamento sessuale. In questa prospettiva si veda anche *US In re soto vega* p. 22 in cui il giudice afferma: "I didn't see anything ... that remotely approached some of the stereotypical things that society addresses as gay". Al riguardo cfr. J. Millibank, *From discretion to disbelief: recent trends in refugee determinations on the basis of sexual orientation in Australia and the United Kingdom*, in *The international Journal of Human Rights*, 2009, p. 392 ss., secondo cui "our research" — relativa alla giurisprudenza australiana e del Regno Unito — "found that in an alarming number of cases tribunal members cross examined applicants using highly stereotyped and Westernised notions of gayness as a template that, when applicants did not fit, led to their claim of sexual identity being rejected", p. 3, tra i casi desta particolare interesse una pronuncia di un tribunale australiano che rileva l'incompatibilità tra l'orientamento sessuale e l'aderenza al cattolicesimo: "having regard to the teachings of the Catholic Church I am firmly of the view that a person of single sex orientation must at least have considered their position in the Church and whether they wished to continue to practice ... Catholicism", cit. in J. Millibank, *From Discretion*, cit., p. 400.

47 Cfr. V. Moreno-Lax, *Life After Lisbon: EU Asylum Policy as a Factor of Migration Control* in D. Acosta Arcarazo, C.C. Murphy (eds.), *EU Security and Justice Law*, Oxford, Hart, 2013, pp. 146 ss., per una riflessione sulla permeazione nella disciplina europea delle istanze di controllo dei confini nella prospettiva di un *abuse paradigm* riferito al fenomeno delle domande di asilo pretestuose.

48 Cfr. A. Ciervo, *Un diritto silenzioso. Asilo politico e orientamento sessuale*, in *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, A. Schillaci (a cura di), Roma, Carocci, p. 41 ss., per il richiamo all'iniziale e restrittivo orientamento della giurisprudenza nazionale.

europea già fanno parte del tessuto argomentativo dei giudici nazionali e, in almeno un caso, la tutela assicurata in sede interna è senz'altro maggiore rispetto a quella sovranazionale. Si tratta del presupposto oggettivo della valutazione dei fatti alla base della domanda — ma che può avere ripercussioni, in fondo, anche nell'ambito della valutazione della credibilità del ricorrente — e cioè la nozione stessa di persecuzione: mentre la Corte di giustizia ha stabilito che la mera previsione legislativa che punisce le relazioni tra persone dello stesso sesso non è sufficiente a ritenere soddisfatto il requisito del timore fondato di subire un trattamento persecutorio, essendo necessaria la dimostrazione della concreta applicazione della norma incriminatrice, secondo un indirizzo giurisprudenziale la previsione di una normativa che criminalizza l'omosessualità è *"in re ipsa"* una misura persecutoria⁴⁹. Nel caso invece della *late disclosure* della omosessualità come motivo alla base della richiesta di protezione internazionale sia la Corte di giustizia che la Cassazione giungono alla medesima soluzione, rifiutando l'impostazione adottata nelle rispettive fasi precedenti dei giudizi⁵⁰, secondo cui, in sostanza, sarebbe indice di pretestuosità e pregiudicherebbe la credibilità del richiedente la riproposizione della domanda di protezione internazionale per motivi legati all'omosessualità successivamente al rigetto di una prima richiesta fondata su presupposti diversi⁵¹. È interessante al riguardo notare che si tratta di una soluzione maggiormente garantista rispetto a quanto affermato dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo⁵²: la pronuncia precedentemente citata del giudice di Strasburgo ha attribuito rilevanza alla tardiva rivelazione della omosessualità (e alla mancanza di una sua ragionevole esplicazione) come elemento di valutazione negativo per la richiesta di protezione internazionale (accanto al fatto che il richiedente fosse sposato con una donna): anche se non si tratta finora di un indirizzo consolidato e dovendo contestualizzare quanto deciso dalla Corte nell'ambito della sua giurisprudenza casistica, la pronuncia appare discutibile in quanto, come è stato osservato, non fornisce *"any clear standard but leaves one of the key issues unresolved"*⁵³. Qui, accettando il rischio di formulare un'osservazione ingenua, ci si può chiedere se la Corte di giustizia avrebbe potuto far riferimento al precedente della Corte europea, per chiarire il suo rapporto con quella pronuncia.

Un altro profilo interessante toccato dalle pronunce della Corte di giustizia e dei giudici italiani riguarda il tema dell'alleggerimento dell'onere della prova previsto da summenzionato art. 4, comma 5 della direttiva qualifiche (trasposto nell'art. 3, co. 5 del d.lgs. 251 del 2007) e in particolare l'interrogativo se i requisiti previsti per l'applicazione di questa norma debbano intendersi come alternativi o cumulativi: mentre la Corte (e l'avvocato generale) in un breve inciso fanno riferimento a *"condizioni cumulative"*, la Corte di cassazione amplia lo standard di tutela del richiedente, preferendo la prima opzione interpretativa, in quanto la *"ratio della norma"* è quella *"di attenuare l'onere probatorio in capo al richiedente"*⁵⁴.

Volendo invece evidenziare un potenziale abbassamento dello standard di tutela previsto nella giurisprudenza italiana, rispetto a quella europea, può farsi riferimento al diverso grado di permeazione dell'attività svolta dall'UNHCR, nella sua funzione di organismo di supervisione dell'applicazione della Convenzione di Ginevra del 1951⁵⁵. Se infatti, dapprima la direttiva europea e successivamente la giu-

49 "... la criminalizzazione è considerata in sé una limitazione all'esercizio di un diritto umano, senza necessità che il giudice abbia l'onere di verificare che in concreto nel paese dell'asilante venga applicata la disposizione penale", consultabile in *Articolo 29*. Si rinvia alla sentenza citata per il riferimento ad altre pronunce in senso conforme; la sentenza è segnalata da S. Rossi, in *Articolo 29*, www.articolo29.it; si sofferma sulla distinzione tra la sentenza della Corte di giustizia e la Cassazione italiana A. Ciervo, *Un diritto silenzioso*, cit.

50 Nel caso della Corte di giustizia si fa riferimento alle decisioni delle autorità giudiziarie olandesi.

51 Cfr. Corte di cassazione n. 4522 del 2015 rimediando a quanto deciso diversamente in primo e secondo grado, il giudice di legittimità ha stabilito che è ammissibile una reiterazione della domanda di protezione internazionale per motivi legati alla criminalizzazione dell'omosessualità nel paese di origine del rifugiato presentata in prima istanza per presupposti diversi: ciò in quanto la mancata rivelazione dell'omosessualità come motivo della protezione, può essere dovuta ad un impedimento di carattere psicologico o morale che può aver determinato un *"ostacolo oggettivo e decisivo"*.

52 Così P. Annicchino, *The Persecution of Religious and LGBTI Minorities and Asylum Law: Recent Trends in the Adjudication of European Supranational Courts*, in *European Public Law*, 2015, 21, pp. 571 ss. Si sofferma sul confronto tra giurisprudenza CedU e della Corte di giustizia P. Dunne, *A, B and C*, cit., p. 422.

53 Cfr. Corte europea dei diritti dell'Uomo, sentenza *MKN v. Svezia*, par. 42-43.

54 Corte di cassazione, sezione VI civile, 4 aprile 2013, n. 8282.

55 Cfr. art. 8, lett. a) dello Statuto dell'UNHCR e art. 35 Convenzione. Per una lettura critica del ruolo dell'Alto commissariato cfr. Laviolette, *UNHCR Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity: a Critical Commentary*, in *International Journal of Refugee Law*, 22, 2010, pp. 173 ss.

risprudenza della Corte hanno mostrato di aderire a numerosi indicazioni di questo organismo⁵⁶, nelle sentenze dei giudici italiani può intravedersi una maggiore difficoltà a richiamare gli standard di tutela dell'Alto Commissariato: al punto che la Corte di cassazione, in una delle sentenze citate ha affermato che "sono da considerare influenti le indicazioni contenute nel Manuale sulle procedure e sui criteri per la determinazione dello status di rifugiato adottato dall'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati, volte a sollecitare l'esaminatore ad utilizzare i mezzi a sua disposizione per raccogliere le prove necessarie a sostegno della domanda, trattandosi di indicazioni prive di valore normativo"⁵⁷.

Sul punto occorre soffermarsi, da un lato, sulle ragioni della necessità di valorizzare il contributo dell'UNHCR nella verifica dell'attendibilità del richiedente e, dall'altro, sulla necessità di mettere in discussione, o per lo meno attenuare, la portata di quanto statuito dalla Cassazione. I testi più rilevanti approvati dall'Alto Commissariato consistono nel Manuale sulle procedure e sui criteri per la determinazione dello status di rifugiato, aggiornato nel 2011 e nelle Linee guida, la cui ultima versione è del pari molto recente essendo state approvate nel 2012. Le indicazioni contenute in tali documenti sono dotate di una attitudine maggiormente garantista rispetto alla direttiva e al decreto legislativo: sia perché contengono indicazioni dettagliate, che riflettono in una certa misura l'esperienza e la "giurisprudenza" dell'organismo e sono pertanto idonee a costituire dei parametri ulteriori per l'attività dell'amministrazione e dei giudici; sia per alcune formulazioni in ordine alla valutazione delle dichiarazioni del richiedente: tra queste può farsi qui riferimento al principio del beneficio del dubbio, contenuto nel Manuale dell'UNHCR e che pare poter innalzare lo standard di protezione, prevedendo requisiti meno stringenti rispetto all'art. 4, comma 5 della direttiva come emerge da un confronto con la versione poi non adottata⁵⁸. Si tratta di un principio la cui rilevanza è stata rimarcata nelle conclusioni dell'avvocato generale (punto 74, secondo cui il principio in questione è sotteso all'art. 4, comma 1) e dal giudice olandese che aveva sollevato il rinvio pregiudiziale rimettente (punto 37) ed è applicato anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo⁵⁹. Ora, non sembra sufficiente rigettare il ricorso alla produzione dell'UNHCR sulla base della natura non vincolante dei suoi rapporti. In generale, per il contributo dell'organismo in questione alla redazione della disciplina europea — e di riflesso di quella nazionale — all'interpretazione della Convenzione del 1951 e ad alcuni avanzamenti in materia di protezione internazionale, tra i quali la stessa riconduzione dell'orientamento sessuale nell'ambito della categoria del "particolare gruppo sociale". Più in particolare, occorre far riferimento all'art. 35 della Convenzione che prevede un obbligo di cooperazione tra gli Stati e l'Alto Commissariato e al quale non di rado ha fatto riferimento la giurisprudenza di altri paesi⁶⁰. In sostanza, come è stato affermato autorevolmente, nonostante la natura non vincolante sul piano formale dei rapporti dell'UNHCR "they must not be dismissed as irrelevant but regarded as authoritative statements whose disregard requires justification"⁶¹. Potrebbe quindi attribuirsi alla disposizione in questione l'attitudine a promuovere anziché escludere l'integrazione del parametro nazionale ed europeo nella determinazione dello status di rifugiato mediante il ricorso alla

56 Nelle due sentenze X, Y e Z e A, B, C in particolare questo risultato è stato facilitato dall'intervento in giudizio dell'UNHCR e l'influenza sulla Corte è avvertibile in entrambe le pronunce e in misura maggiore nelle conclusioni dell'avv. Generale che definisce "utile" l'intervento in giudizio dell'organismo in questione. Si tratta di un profilo notato anche da A. Cervo, *Un diritto silenzioso*, cit. con riferimento alla sentenza della Corte del 2013 ma il discorso è applicabile anche alla presente sentenza e in particolare alle conclusioni dell'avv. Generale su cui la Corte ha basato la sentenza.

57 Cfr. Corte di cassazione, sezioni unite civile, 17 novembre 2008, n. 27310.

58 In effetti, il testo di questa disposizione, nella sua versione preliminare, ricalcava il contenuto del Manuale UNHCR, salvo poi nella versione definitiva eliminare il riferimento al principio del beneficio del dubbio ed aggiungere alcuni requisiti; non è pacifico, tuttavia questa ipotesi ha trovato conforto nella posizione espressa da Gregor Noll, in *Evidentiary assessment*, cit., tra i principali esperti in materia, secondo cui "the wording of the alleviating evidentiary rules signifies a heavier burden on the applicant than the analogue principle of benefit of the doubt, as this is describe in UNHCR's Handbook. In addition to the requirements given in the handbook, articles 4.5 QD places a least one additional condition on the applicant: s/he is required to have applied for international protection as easily as possible, unless s/he can provide good reasons for not doing so".

59 Corte Edu, J.H. v. Regno Unito, ricorso n. 48839/09, par. 52: "The Court acknowledges that, owing to the special situation in which asylum seekers often find themselves, it is frequently necessary to give them the benefit of the doubt when it comes to assessing the credibility of their statements and the documents submitted in support thereof"; la corte cita i precedenti del 20 luglio 2010, N. v. Sweden, ricorso n. 23505/09, par. 53, e dell'8 marzo 2007, Collins and Akasiebie v. Sweden, ricorso n. 23944/05.

60 Cfr. la decisione della English Court of Appeal, Civil Division, Khalif Mohamed Abdi Secretary of State for the Home Department v. Khalif Mohamed Abdi, citata da W. Kälin, ora per attribuirne "considerevole autorità persuasiva" (così Refugee Status Appeals Authority, 9 Re S.A., Refugee Appeal No. 1/92, New Zealand, 30 Aprile 1992 entrambe citate da W. Kälin, *Supervising the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Article 35 and beyond in Refugee Protection in International Law* UNHCR's Global Consultations on International Protection, E. Feller, V. Türk, F. Nicholson (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, p. 627.

61 Cfr. W. Kälin, *Supervising*, cit. p. 627.

produzione documentale dell'Alto Commissariato (e in particolare alle Linee guida e al Manuale). L'attivazione di una tale sensibilità può risultare funzionale ad un alleggerimento della complessità della materia in questione piuttosto che a minare l'autorevolezza delle decisioni dell'amministrazione e dei giudici⁶².

5. Considerazioni finali

La decisione della Corte, come è emerso dalla ricostruzione del suo iter argomentativo, si può inserire in un più ampio filone giurisprudenziale in materia di protezione dell'orientamento sessuale volto a rintracciare nel principio di dignità il parametro di riferimento per la valorizzazione della concreta dimensione di vita dell'omosessuale⁶³. Nel caso in questione il giudice europeo fissa nell'intreccio tra dignità e protezione della sfera intima (artt. 1 e 7 della Carta), da un lato, e la considerazione della situazione individuale e delle circostanze personali dall'altra (art. 4, comma 3, lettera c) della direttiva qualifiche) l'irrelevanza della dimensione sessuale del richiedente ai fini dell'esito della richiesta di protezione: sia essa dimostrata attraverso le domande delle persone incaricate di condurre l'intervista, sia mediante la volontaria sottoposizione a dei test o ancora producendo prove documentali, come delle videoregistrazioni. Al tempo stesso, la sentenza della Corte, pur non problematizzando la potenziale specialità dell'orientamento sessuale come ragione di persecuzione, lascia emergere la necessità di un approfondimento della soggettività della persona omosessuale o meglio della sua "complessità", come affermano sia la Corte che l'avvocato generale. Ne deriva che la decisione del giudice europeo rappresenta un'ulteriore riprova delle virtualità del ricorso alla dignità in relazione alla protezione della sfera intima e personale che caratterizza ormai molte pronunce delle Corti costituzionali e supreme⁶⁴ e si rivela un parametro particolarmente idoneo a decostruire stereotipi e automatismi decisionali e a valorizzare la situazione individuale e concreta delle persone coinvolte.

62 Sulla modifica dell'interpretazione delle norme internazionali mediante organismi quali l'UNHCR cfr. I. Venzke, *How interpretation makes international law: on semantic change and normative twists*. Oxford, Oxford University Press, 2012, *passim*.

63 Cfr. A. Schillaci, *Costruire il futuro. Omosessualità e matrimonio*, in Id. *Omosessualità, eguaglianza, diritti*. Cit., pp. 195 ss., Id., *Enjoy liberty as we learn its meaning. Obergefell v. Hodges tra libertà, uguaglianza e pari dignità*, in corso di pubblicazione, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, consultato per gentile concessione dell'autore.

64 Tra le sentenze delle Corti straniere che più hanno fatto ricorso al concetto di dignità si possono richiamare, la Corte costituzionale del Sudafrica, *National Coalition for Gay and Lesbian v. Minister of Justice*, del 1998 e in *Fourie v. Minister of Affairs* del 2003; la sentenza del Tribunal constitucional portoghese n. 120 del 2010; la sentenza della Corte Suprema messicana del 2010; la sentenza del Tribunal constiucional spagnolo n. 198 del 2012 e le due pronunce della Corte Suprema statunitense *Windsor v. United States*, 570 US e *Obergefell v. Hodges*, 576 US.

*Mathias Möschel**, *Sara Migliorini***

The French Supreme Court clarifies the implications for the *ordre public* of the act abolishing the prohibition of same-sex marriages

Summary

1. Introduction – 2. The special conflict-of-laws rules for international same-sex marriages performed in France – 3. The Franco-Moroccan saga – 4. The impact of the *Cour de cassation*'s ruling on *ordre public*.

Abstract

La legge *Mariage pour Tous* del maggio 2013 ha soppresso la differenza di sesso tra i nubendi dalle condizioni per la celebrazione del matrimonio in Francia. La stessa legge ha inoltre modificato le regole di conflitto di leggi applicabili, in situazioni internazionali, alle condizioni della celebrazione e ha introdotto una regola di conflitto speciale, che consente di non dare effetto alla proibizione di tali matrimoni ancora presente in molti diritti nazionali, quando almeno uno dei due nubendi ha uno stretto rapporto con un ordinamento giuridico che non proibisce l'unione. La *Cour de cassation* si è recentemente pronunciata sull'applicazione delle regole di conflitto preesistenti alla legge, contenute in una convenzione bilaterale tra la Francia e lo Stato della nazionalità di uno dei nubendi. In tale pronuncia, la *Cour de cassation* ha deciso che la necessità di consentire la celebrazione del matrimonio, a prescindere dal sesso dei due nubendi, è parte dell'ordine pubblico francese e consente di non dare effetto alla legge indicata da una regola di conflitto contenuta in una convenzione bilaterale previgente.

The Mariage Pour Tous Act adopted in May 2013 eliminated the different-sex-requirement for spouses who intend to get married in France. That same act also modified the applicable conflict of laws rules for marriage requirements in international situations. It introduced a special rule which allows to circumvent the prohibition of same-sex marriages still existing in numerous national laws by establishing that the law which does not prohibit such marriages applies if at least one of the two future spouses has a strong tie to that system. The Cour de cassation recently interpreted the conflict of laws rules which pre-existed this new legal framework and which were contained in a bilateral treaty with a state prohibiting same-sex marriage and of which one of the spouses had the citizenship. In its decision, the Cour de cassation held that the necessity of allowing the performance of the marriage, regardless of the sex of the spouses, is part of the French ordre public and allows not to apply the otherwise applicable national law identified via the conflict of laws rule contained in that bilateral treaty.

* Associate Professor, Central European University.

** Senior Lecturer, University of London International LLB at the University of Seychelles and avocat au Barreau de Paris. Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

1. Introduction

The *Mariage Pour Tous Act* (hereinafter referred to also as simply the “MPTA” or the “Act”)¹, abolished the opposite-sex requirement as a condition for the performance of marriages in France. From the 1st July 2013 onwards, same-sex couples enjoy the same rights as opposite-sex couples as far as marriage is concerned². The French Civil Code has been amended accordingly.

The MPTA only regulated the case of same-sex marriages performed in France and provided for some rules specifically applicable to international situations. In particular, the case of binational same-sex couples wanting to get married in France has been regulated by the legislator. It took less than two years for the Supreme Court in civil and criminal matters (hereinafter, the “*Cour de cassation*”) to decide on the interpretation of such special conflict-of-laws rules. The ruling was given in a Franco-Moroccan case which has all the elements to become a true judicial saga. The implications of the ruling are potentially quite innovative, especially with respect to the notion of *ordre public*³.

This note will first outline the broader legal context and the conflict-of-laws rules applicable to same-sex marriages that have been introduced by the MPTA. Then the Franco-Moroccan litigation, including the recent *Cour de cassation* ruling⁴, will be described before moving on to discussing the implications of this recent decision for the notion of *ordre public*, which allows French law to be applied *in lieu* of the otherwise applicable law. This last part will also address some of the critiques to the *Cour de cassation*’s decision, which is, in the authors’ view, a good one, both technically and substantially.

2. The special conflict-of-laws rules for international same-sex marriages performed in France

Whenever the spouses-to-be have different nationalities, the private law relationship to be created (i.e., the matrimonial link) is no longer purely national, but is connected to more than one legal system, whose private laws may potentially regulate all or some aspects of the relationship. Conflict-of-laws rules resolve such overlap of norms by selecting one of the potentially applicable laws, which is deemed to be the most appropriate to govern all or some aspects of the legal relationship⁵.

The MPTA laid down some conflict-of-laws rules in order to regulate the celebration of international marriages by French public authorities on the French territory. The Act lays down two conflict-of-laws rules. Article 202-1, §1 provides for the general one: “the legal requirements for marriage are governed, for each spouse, by his or her personal law”. So, under this rule, in case the spouses have different nationalities, the legal requirements to be met in order for them to get married shall be governed, for each of them, by their respective national law. The French official presiding the marriage shall verify that each of the spouses-to-be meets the legal requirements for the celebration of the marriage under the appropriate law.

This conflict-of-laws rule was applied by the French courts and public authorities before the MPTA entered into force and the Act simply codified it in Article 202-1, §1. It applies to both opposite-sex and

1 Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes du même sexe (in *Journal Officiel de la République Française*, n. 0114, 18 May 2013, p. 8253; *Décret n° 2013-429 du 24 mai 2013 portant application de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe et modifiant diverses dispositions relatives à l’état civil et au code de procédure civile*), available on www.legifrance.fr.

2 The Act did not cover other aspects of the matter, such as adoption.

3 For a comparative law overview of *ordre public* arguments in private international law applied to same-sex couples, see : Gerarde-René de Groot, *Private International Law Aspects Relating to Homosexual Couples*, *Electronic Journal of Comparative Law*, 2007, vol. 11, no. 3, accessible at : <http://www.ejcl.org/113/article113-12.pdf> (last accessed 29 November 2015). See also on *ordre public* in relation to various forms of same-sex partnerships: Emanuele Calò, *Matrimonio à la carte. Matrimoni, convivenze registrate e divorzi dopo l’intervento comunitario*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 85-108.

4 *Cour de cassation*, 28 January 2015, no. 96 (13-50.059), available on www.legifrance.fr.

5 The criteria for selection of the most appropriate law usually depend on the subject matter: proximity between the situation and the applicable law is usually the most common, although the definition of “proximity” itself is often non-univocal. For an overview of the conflict-of-law methodology: Pierre Mayer, Vincent Heuzé, *Droit international privé*, Montchrétien, 2014; Horatia Muir-Watt, Dominique Bureau, *Droit international privé*, PUF, 2014; Yvon Loussouarn, Pierre Bourel *Droit international privé*, 2013; Marie-Laure Niboyet, Rein Lescastereyres, *Droit international privé*, 2015.

same-sex couples. As most of the conflict-of-laws rules in the French legal system, the general conflict-of-laws rule in article 202-1, §1 of the French Civil Code is neutral with respect to the outcomes that the application of the selected law produces, i.e. it does not take into account the actual content of the substantive provisions of the designated law. The conflict-of-law rule simply indicates under which law a certain legal issue shall be resolved. But, since a considerable number of States still exclude same-sex couples from the right to get married through the opposite-sex requirement, the conflict-of-laws rule in article 202-1, §1 might lead to discriminatory outcomes. Indeed, for same-sex-couples, the rule in article 202-1, §1 of the French Civil Code implies that, if opposite-sex of the spouses is a legal requirement under the national law of one of them, French officials will not officiate the marriage. For example, since opposite-sex is still a requirement under Italian law, a French man can be married to an Italian woman, but not to an Italian man, even though French law no longer prohibits same-sex marriages.

From the vantage point of a legal system that does not prohibit same-sex marriages, the mere fact that some people might have access to marriage, while some others would not, depending on their national law, is discriminatory⁶. A discriminatory effect of the application of the rule in article 202-1, §1 is therefore patent in such situations as the one which will be discussed in this note. Moreover, an additional discriminatory effect concerns French citizens — and all others whose national law does not prohibit same-sex marriages —, who are indeed precluded to marry their partners if their partners' foreign national law prohibits same-sex marriages. In such an international situation, the general conflict-of-laws rule in article 202-1, §1 would come into play and give effect to the prohibition of same-sex marriages.

The discriminatory effect caused by the application of the general conflict-of-law rule in article 202-1, §1, of the French Civil Code appears at odds with the very reason underlying the adoption of the MPTA. The rationale behind the Act was equality, specifically equal entitlement to the right to marriage for both opposite-sex and same-sex couples⁷. The name under which the Act is commonly designated ("*mariage pour tous*", i.e. marriage for everybody) testifies of this commitment of the French government to equal treatment of those opposite-sex and same-sex couples desiring to get married. The discriminatory effects created by the conflict-of-law rule in article 202-1, §1 of the Civil Code have been therefore addressed by a special, derogatory conflict-of-law rule.

The second conflict-of-laws rule introduced by the MPTA (article 202-1, §2, of the French Civil Code) provides that "*Nevertheless, two persons of the same-sex may get married when, for at least one of them, either his/her personal law, or the law of the State within which he has his/her domicile or his residence, permits it*"⁸. It is a derogatory rule, that only applies to same-sex couples and comes into play if, under the general rule in §1, a same-sex couple could not get married because of the prohibition laid down by at least one of the spouses' national law. In case of impossibility to get married under the general rule, the French official shall apply the special conflict-of-law rule and proceed with the marriage if at least one of the spouses' national law, or the law of one of the spouses' residence or domicile, does not prohibit same-sex marriages.

Noticeably, the special rule in article 202-1, §2, of the French Civil Code is meant to favor the celebration of same-sex marriages that suffer from the application of the general rule in §1 of the same

6 Part of the doctrine has argued that no discrimination arises when people receive different set of rights from the State, in application of their national law see (for example, Léna Gannagé, *L'ordre public militant: le mariage pour tous face aux systèmes de tradition musulmane*, in *La Semaine Juridique, Edition Générale*, 2015, n°12, p. 318). They rightly point out that, in private international law, it is a quite common feature, because the conflict-of-law rule using nationality as a connecting factor is quite common in family matters. It is by far true that nationality is the standard connecting factor for personal status and family matters. Nevertheless, the difference in treatment that arises from the blind application of the spouses' respective national laws is undeniable, if one of them prohibits same-sex marriages. The State might consider that applying a connecting factor that seems fair is more important than preventing such discrimination, and so favour the application of the conflict-of-law rule over acting to prevent discrimination. But the contrary is also possible: it is an understandable policy choice to prevent the discrimination by modifying the conflict-of-law rule, as the French legislator did. However, the idea that such difference in treatment does not amount to discrimination because many family and personal status issues are solved, in private international law, by the application of national law to individuals does not appear convincing, especially when fundamental rights are at stake.

7 The Preamble of the law states "[...]si le pacte civil de solidarité a permis de répondre à une aspiration réelle de la société et que son régime a été significativement renforcé et rapproché de celui du mariage, des différences subsistent, et cet instrument juridique ne répond ni à la demande des couples de personnes de même sexe qui souhaitent pouvoir se marier, ni à leur demande d'accès à l'adoption. Une nouvelle étape doit donc être franchie [...]".

8 The original French text states: "*Les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle. Deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet*".

provision. To make the celebration of same-sex marriages possible in more cases, the special rules uses three different connecting factors⁹ to select a law that would allow the marriage to be held, namely nationality, residence and domicile. Conversely, the general rule in §1 only uses nationality. Furthermore, under the general rule, for each of the spouses, all the legal requirements necessary to get married under their national law shall be met, whereas, as far as opposite-sex is concerned, the special rule in article 202-1, §2, of the Civil Code only demands that one of the potentially three applicable laws per spouse does not require it. Consequently, if one of the spouses does not encounter the prohibition to marry a person of the same-sex in his or her national law, or in the law of his or her residence or domicile, the French official will celebrate the marriage. Thus, under the special rule in article 202-1, §2 of the Civil Code, same-sex couples have the possibility to overcome the prohibition to get married, which the laws of many States still maintain, by using multiple connecting factors, which leads to different applicable laws¹⁰ to the opposite-sex requirement¹¹.

The constitutionality of the MPTA was raised prior to its entry into force before the French Constitutional Court¹². The plaintiffs argued, *inter alia*, that the existence of two different conflict-of-laws rules for same-sex and opposite-sex couples amounted to a violation of the principle of equality, and that it put opposite-sex couples at a disadvantage. The Constitutional Court rejected the argument, stating that this difference in treatment is justified in the light of the substantial differences that exist between same-sex and opposite-sex couples. In the authors' view, the ongoing widely-existing prohibition of same-sex marriage justifies the introduction of derogatory, special conflict-of-laws rules, such as article 202-1, §2 of the French Civil Code, which widen the international reach of national substantive laws that no longer apply the opposite-sex requirement.

3. The Franco-Moroccan saga

The MPTA has been one of the reforms which the left-wing government had promised to introduce. This created a certain discontent and opposition (to put it mildly) both in Parliament and outside of it. A group of right-wing Parliament members had challenged the Act before the Constitutional Court and litigation in courts around it has developed very quickly. The decision of the *Cour de cassation* here in discussion concludes the first litigation concerning the application of the conflict-of-laws rules in article 202-1 of the French Civil Code.

Only a few months after the entering into force of the MPTA, a public prosecutor opposed the celebration of the marriage between a French national and a Moroccan national of the same-sex. The opposition was based on the existence of a bilateral treaty, dated 1981, between France and Morocco, regulating the applicable law to mixed marriages (hereinafter, referred to as the "Franco-Moroccan Treaty" or the "Treaty"). The prosecutor argued that, because international treaties take precedence over national law, the conflict-of-laws rules of the Franco-Moroccan Treaty overruled the conflict-of-laws rule in article 202-1 of the French Civil Code. The Franco-Moroccan Treaty's conflict-of-laws rule was actually the same as the general rule in article 202-1, §1, of the French Civil Code, i.e. the legal requirements to get married are to be assessed, for each spouse, under their national law. No exception was included in the Franco-Moroccan Treaty to take into account or specifically regulate same-sex marriages. According to the public prosecutor, since Moroccan law prohibited same-sex marriages, the opposition was justified and the marriage could not be held before a French public authority. The spouses-to-be started proceedings in court to ask the repeal of the opposition. In their view, since one of the spouses was French, French substantive law was applicable to the opposite-sex requirement under article 202-1, §2 of the French Civil Code.

9 In private international law, a connecting factor is a specific element of the legal relationship that is used to designate the applicable law. For example, the domicile, the nationality, the residence of a person, or the place of performance for a contract, etc...

10 Which can be up to six (given the existence of three connecting factors).

11 It is worth noticing that the special rule only concerns the opposite-sex requirement. For all other requirements, the general conflict-of-law rule of article 202-1, §1, of the Civil Code is applicable for both same-sex and opposite-sex couples.

12 *Conseil constitutionnel*, Decision n° 2013-669 DC, 17 May 2013.

It is noteworthy that a Ministry circular issued a few days after the MPTA was adopted (hereinafter, referred to as the “Circular”)¹³ had addressed this very question and provided for an interpretation of the interplay between the new conflict-of-law rules and the existing bilateral treaties. In the Ministry’s view, when one of the spouses is a national of one of the 11 States with which France concluded an international treaty containing conflict-of-law rules on mixed marriages, these rules would take precedence over the conflict-of-laws rules in article 202-1 of the French Civil Code.

The First Instance Court¹⁴ and the Court of Appeals¹⁵ ordered the repeal of the opposition and the performance of the marriage¹⁶. The decision of the Court of Appeals was based on the notion of *ordre public*. *Ordre public* includes the fundamental principles of the French legal order, its most important values and policies, which are to be preserved and enforced even when the legal relationship is connected to more than one legal order and, consequently, its ties with the French legal order are less strong than in purely international situations¹⁷. In such international cases, if the foreign applicable law leads to outcomes that violate the French *ordre public*, French substantive law is applied by French courts and authorities in order to preserve those values and principles. According to the Court of Appeals, the abandonment of the opposite-sex requirement by the legislator was a fundamental value of the French legal order and a component of *ordre public*. Consequently, the Court of Appeals held that the opposition to the same-sex marriage between the plaintiffs was at odds with the French *ordre public* after the MPTA entered into force. At this point, the reasoning of the Court of Appeals deviated from the commonly accepted way of understanding the *ordre public* mechanism. The Court of Appeals stated that the French conflict-of-laws rule, and not French substantial law, would prevail over the Franco-Moroccan Treaty. As a consequence, according to the Court of Appeals, article 202-1 of the French Civil Code would prevail over the conflict-of-laws rule contained in the Treaty, thus making the marriage possible.

The public prosecutor challenged the decision of the Court of Appeals before the *Cour de cassation*. On the one hand, the prosecutor argued that the decision of the Court of Appeals violated article 55 of the French Constitution, which lays down the principle of supremacy of treaties on national law, under the condition of reciprocity. According to the prosecutor, setting aside the conflict-of-laws rule in the Franco-Moroccan Treaty and applying the conflict-of-laws rule in article 202-1, of the French Civil Code was a violation of article 55 of the French Constitution. On the other hand, the public prosecutor challenged the decision of the Court of Appeals by arguing that it could not be justified on the basis of *ordre public*. The Court of Appeals had used *ordre public* to set aside the conflict-of-laws rule in the Franco-Moroccan Treaty in order to apply the conflict-of-laws rule in article 202-1 of the French Civil Code. In the prosecutor’s view, the conflict-of-laws rule in the Franco-Moroccan Treaty was not at odds with *ordre public*, because it did not violate any fundamental principle of the French legal order, nor the *ordre public* regarding family matters.

Technically, the second argument of the prosecutor was accurate. *Ordre public* does not apply, as a general rule, to conflict-of-laws rules, i.e. the rules that, by using a specific connecting factor, identify the applicable law. *Ordre public*, instead, applies to set aside the applicable law, when its application leads to outcomes at odds with it. Moreover, it shall be reminded that the conflict of-laws rule in the Franco-Moroccan Treaty was equivalent, to article 202-1, §1 of the French Civil Code, the general conflict-of-laws rule. Because of this equivalency, arguing that the conflict-of-law rule in the Treaty does not comply with *ordre public* seems, indeed, quite inconsistent. The Court of Appeals’ decision was probably based on the fact that the conflict-of-laws rule in the Franco-Moroccan Treaty did not include a special rule for same-sex couples, equivalent to the one in article 202-1, §2 of the French Civil Code. As a result, its discriminatory way of blindly applying to same-sex and opposite-sex couples was contrary to the French *ordre public*. Nonetheless, this absence could not, *per se*, justify using *ordre public* to set it aside. Even if we accept the Court of Appeals’ premises that the right to marry for same-sex couples is a fundamental principle of the French legal order, only the fact that the applicable law prohibits same-sex marriages could technically violate *ordre public*. The *Cour de cassation* took this technicality into account in its final decision.

13 *Circulaire du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du Code civil)*, in *Bulletin Officiel du Ministère de la justice*, n. 5, 31 May 2013, pp. 1-29.

14 *Tribunal de Chambéry*, 11 October 2013, no. 13/01631.

15 *Cour d’appel de Chambéry*, 22 October 2013, no 13/02258.

16 For earlier comments and references to these two decisions in legal literature, see: Tobias Lutzi, *Das neue französische IPR der gleichgeschlechtlichen Ehe und der ordre public international*, in *IPRax*, 2014, no. 3, pp. 292-294 and Sara Migliorini, *Aspetti internazionaliprivatistici della legge francese “marriage pour tous”*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, no. 1, pp. 197-205.

17 On the content of French *ordre public*, see Pierre Mayer, Vincent Heuzé, *Droit international privé*, Montchrétien, 2014.

The *Cour de cassation* implicitly accepted the first argument of the public prosecutor but rejected the second. The first argument was implicitly accepted because the *Cour de cassation* only founded its reasoning on articles 4 and 5 of the Franco-Moroccan Treaty, without any reference to article 202-1 of the French Civil Code. Thus, the *Cour de cassation* adopted the prosecutor and Circular's approach to the hierarchy of norms: article 55 of the Constitution gives precedence to treaties over national law. Whenever a bilateral treaty is in force between France and the State of the non-French spouse's nationality, the conflict-of-laws rule to be applied is the one provided for in the treaty, and not article 202-1 of the French Civil Code.

Nonetheless, the plaintiffs were successful, because the *Cour de cassation* rejected the second argument of the prosecutor regarding *ordre public*, even though it did not fully uphold the line of reasoning of the Court of Appeals. The *Cour de cassation* pointed out that the Franco-Moroccan Treaty provided for the possibility to set aside the law of the other State, when applicable to the legal requirements for marriages under the Treaty itself, if it was "manifestly contrary to the *ordre public*" of the other, adjudicating State. The *Cour de cassation* found that Moroccan law, which prevented the Moroccan spouse to be married to another man, "though the law of the nationality, residence or domicile of one of the spouses did not prohibit same-sex marriages", was manifestly contrary to *ordre public*.

In other words, according to the *Cour de cassation*'s reasoning, the prohibition of same-sex marriages is at odds with the French *ordre public* when the same-sex matrimonial link to be created is closely connected to a State that does not prohibit it. Such close connecting link exists if either the national law, the law of the State of residence or the law of the State of domicile of one of the spouses does not prohibit same-sex marriages. The definition of this close link fosters coherence with the conflict-of-laws rule in article 202-1, §2 of the French Civil Code. Even though, under the conflict-of-laws rule in a bilateral treaty, one of the applicable laws prohibits the same-sex marriage, *ordre public* can come into play and overcome the prohibition, under the same conditions as if the national conflict-of-laws rule would have been applicable.

Overall, the decision of the *Cour de cassation* appears well reasoned. The clarification of both the interplay between treaties and national conflict-of-laws rules, and the interpretation of the notion of *ordre public* after the entering into force of the MPTA seem quite solid. On the one hand, the *Cour de cassation* clarified that conflict-of-laws rules contained within in international treaties will prevail over national ones, in compliance with article 55 of the French Constitution. On the other hand, the *Cour de cassation* avoids the discriminatory effects of the conflict-of-laws rules on legal requirements through a modernization of the notion of *ordre public*, which ensures coherence with the reform introduced by the MPTA. After its decision in the Franco-Moroccan saga, the *Cour de cassation* issued a press release¹⁸ in which it explained the legal context of the decision and its rationale. The *Cour de cassation* pointed out that none can be deprived of the right to get married, which is a fundamental right and open to same-sex couples after the adoption of the Act. It argued that the rationale behind the decision was the necessity to protect the fundamental right to get married, avoiding discrimination against non-French nationals, who could have been able to get married under the national conflict-of-laws rule, but cannot get married under the conflict-of-laws rule included in a bilateral treaty. Unfortunately, the *Cour de cassation* limited these statements by adding that, since same-sex marriages are only recognized by a minority of States in the world, the foreign law applicable under a bilateral Treaty, can be set aside through *ordre public* only if (i) a close link exist between the spouse-to-be and France, and (ii) the foreign State, having ratified the bilateral treaty with France, does not "reject universally" same-sex marriages. The first condition seemed to actually limit the decision of the Court in the Franco-Moroccan saga, in which the *Cour de cassation* clearly affirmed that a foreign law could be set aside whenever a close link existed between the spouse-to-be and France or also any other State that does not prohibit same-sex marriages. The second condition is not even mentioned in the decision. Moreover, its precise content and application could be difficult to ascertain. It seems then that the *Cour de cassation*'s press release was trying to limit the implication of its ruling in the Franco-Moroccan saga, and try to answer some of the critiques that have been addressed to it, specifically for its interpretation of the notion of *ordre public*.

18 Available at https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/arret_dit_30975.html (last checked on 30 September 2015).

4. The impact of the *Cour de cassation's* ruling on *ordre public*

The *Cour de cassation's* decision has been analyzed as applying the *ordre public de proximité*. Behind this kind of *ordre public* is the idea that *ordre public* is stronger when individuals have very close links with the French legal order, usually nationality or habitual residence. That is to say, some principles, values and policies are included in *ordre public*, but a foreign applicable law which is at odds with them will be set aside only if a close link exists between the situation at hand and France¹⁹. This analysis of the ruling seems correct, even though it is actually a special and new kind of *ordre public de proximité* that is applied by the *Cour de cassation*. Indeed, the *Cour de cassation* used *ordre public* to set aside the prohibiting national law because “the law of nationality, residence or domicile of one of the spouses” did not prohibit same-sex marriages. As a consequence, it is not sufficient for a law that prohibits same-sex marriages to be set aside because it impedes a same-sex marriage on French territory. Additionally, one of the connecting factors (nationality, domicile, residence) has to lead to the application of a law that does not prohibit same-sex marriages. Only then, the foreign prohibiting law can be set aside. What is peculiar in this solution is the fact that proximity with a legal order that allows same-sex marriages is enough to set aside the foreign law. No specific connection to France is required. That is to say, for example, two Moroccan nationals of the same-sex can get married in France, if they reside or have their domicile in France, the Netherlands or any other State allowing same-sex marriage. Conversely, the same will not be true if the two spouses reside and have their domicile in Morocco. This mechanism tries to strike a balance between the fundamental right to get married and the so called “*fraude à la loi*” or abuse of right. It will not be possible, in other words, to fly to France just to get married.

It shall also be noticed that this interpretation of *ordre public* is given against the backdrop of the Franco-Moroccan Treaty. It is still to be seen if, in cases not involving a bilateral treaty, the *Cour de cassation* will give a different, broader scope to *ordre public* in order to always allow same-sex marriages in France. Such approach, however, does not seem likely, especially in the light of the press release and considering the critics that the decision in the Franco-Moroccan saga has received.

The critiques of the *Cour de cassation's* decision are various. Firstly from a strictly legal point of view, some authors have argued that the *Cour de cassation* abruptly changed the content of *ordre public* with respect to same-sex-marriages²⁰. The critics rightly pointed out that until recently, the French legal order would consider that the prohibition against same-sex marriages was not at odds with *ordre public*. On the contrary, the French code civil itself prohibited same-sex-marriages to be celebrated by the French public officials by requiring opposite-sex. Some have argued that the decision of the *Cour de cassation* to include the same-sex couples’ right to get marry into *ordre public* was an example of judicial activism, too rapid and artificial: neither the fundamental nature of the right to get married, nor the specific adoption of a rule that favors same-sex marriage would be enough to justify the modification of *ordre public* introduced by the *Cour de cassation*. In short, *ordre public* was not changed by the MPTA. Nevertheless, it is commonly accepted that *ordre public* also protects the most important legislative policies of a State²¹. Therefore, the judiciary could not pretend that the French legislator had not introduced a paradigm-shifting principle by the MPTA and leave *ordre public* unchanged²².

Secondly, others argued that from a policy perspective the solution of the *Cour de cassation* could have a very bad impact on France’s international relations²³. The argument is that it paves the way for Moroccan law to be set aside in number of cases and that the condition of reciprocity could be considered lacking by Morocco, which could stop applying other treaties concluded with France. Moreover, the solution would jeopardize the status of marriages around the Mediterranean region, because the marriage between the two plaintiffs had no chance of being recognized in Morocco and because the *Cour de cassation's* decision would not be well received by other States having a “Muslim tradition”. In the authors’ view, these arguments are not entirely convincing. It is undeniable that the solution of the *Cour de cassation* will not be welcomed by some governments. Nevertheless, that does not seem to be

19 In this sense, the fact pattern here is quite different from the Italian line of cases which deal with the question of *ordre public* as a limit to the recognition of same-sex marriages by Italian citizens performed abroad.

20 See, for example, Gannagé, cit., and for an early assesment of the issue: Sara Gaudechot-Patris, Johanna Guillaumé, “La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe. Perspectives de droit international privé”, *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1756.

21 See, for example: Pierre Mayer, Vincent Heuzé, *Droit international privé*, Montchrétien, 2014.

22 See for example the reasoning of Hugues Faulchiron, *Le ‘mariage pour tous’ est d’ordre public en matière internationale*, in *Recueil Dalloz*, 2015, p. 464 ss. The critics have acknowledged this circumstances: Gannagé, cit.

23 See references note n°23 and 25.

a definitive argument from a legal standpoint. Firstly, French courts adjudicating on the possibility to celebrate a same-sex marriage in France, irrespective of the nationality of the spouses, do not have to take into account how other States would react to the decision. Secondly, the Franco-Moroccan Treaty itself provided for *ordre public* to be applied to set aside one of the two States' law. There is no reason to believe that the notion of *ordre public* should be shaped, within that particular context, in a way that would be approved by the other State. To the contrary, *ordre public* was included in the Franco-Moroccan Treaty to make it possible for the contracting parties to disagree on some issues, and set aside the other's party law. The enforcement of fundamental rights of individuals is certainly a good reason on which it is worth disagreeing.

Thirdly, these critics seem to fail to take into account that applying Moroccan law in order to prohibit the marriage would have led to very undesirable outcomes: discrimination for Moroccan nationals living in France, and for the people who happen to fall in love with them. Some critics have disagreed that the outcome of the application of Moroccan law would have been discriminatory. In their view, the difference in treatment that arises from the conflict-of-laws rule in the Franco-Moroccan Treaty — which is equivalent to the French rule — is justified by the need to maintain diversity in personal and family matters and preserving national identities. In the authors' view, this argument is also not conclusive. Applying national law to resolve the conflict-of-laws in personal status and family issues is a sound way of dealing with them, protecting migrant individuals and families' identity from the captive integration into their new State of residence²⁴. Nevertheless, once a couple decides to get married, it is not a matter of captive integration. Instead, it is a matter of allowing two free consenting adults to exercise the basic fundamental right of presenting themselves to their community as a family, fulfilling a desire that is as old as humankind. And denying them that right because of the need to protect their identity, through the application of their national law, seems just not right, especially if these individuals reside in a State that does not prohibit their marriage. Integration in a new community changes our values and sometimes our identity. Provided that all the other conditions for marriage are fulfilled -which is what we assume here - there must be a possibility for these individuals to voluntarily part ways with a particular aspect of their national law that no longer reflects their identity.

24 Gannagé, cit.

Michele Di Bari*

La sentenza n. 2400/15: un giudice fuori (dal) tempo

Sommario

1. Premessa – 2. I motivi del ricorso – 3. La risposta della Suprema Corte – 4. Posizioni contrapposte: il “caso Bernaroli” e il “caso Oliari” – 5. Considerazioni conclusive

Abstract

La presente nota analizza la sentenza della Cassazione n. 2400 del 30 ottobre 2014 che ha rigettato il ricorso di una coppia dello stesso volto ad ottenere le pubblicazioni di matrimonio. Il fine è quello di valutare i contenuti di questo dispositivo alla luce di altre due importanti sentenze successive sempre in materia di coppie *same-sex*: la decisione sul “caso Bernaroli” conclusasi con la sentenza della Cassazione n. 8097 del 26 gennaio 2015 che ha seguito la pronuncia di accoglimento della Consulta n. 170 del 2014; la recentissima sentenza della Corte di Strasburgo sul caso *Oliari c. Italia* del 21 luglio 2015. Tale raffronto permette di cogliere un certo anacronismo nelle posizioni espresse dalla Suprema Corte nel giudicato oggetto di questa analisi. In particolare verrà discusso il diniego opposto dalla Cassazione rispetto all’opportunità di rinviare nuovamente la questione al Giudice delle leggi per un nuovo esame della questione. Un diniego che si fonda sull’identità del quesito ma che sembra ignorare un fattore determinante: “il tempo trascorso”.

The present note is a commentary to the ruling n. 2400 issued by the Court of Cassation on 30 October 2014 concerning the possibility for a same-sex couple to obtain the publication of their marriage banns in Italy. This ruling is particularly interesting if read in the light of other two subsequent rulings: the decision n. 8097 taken by the Cassation on 26 January 2015 (following the constitutional Court’s pronouncement n. 170/2014); the European Court of Human Rights’ decision in Oliari c. Italy issued on 21 July 2015. This analysis will show how ruling n. 2400/14 appears to be “out of time” and clearly inspired by a conservative attitude toward the issue of same-sex couples’ right to recognition. In particular, this note will discuss the Court of Cassation’s refusal to refer the case to the constitutional Court for a new examination of this issue. A refusal based on the assumption that this case was identical to the one decided in 2010 by the Constitutional Court. An argument which ignores the importance of the “time-laps factor”

1. Premessa

La sentenza n. 2400 del 30 ottobre 2014 si inserisce nell’ormai variegato — e non sempre coerente — insieme di decisioni giurisprudenziali riguardanti il riconoscimento giuridico delle coppie dello stesso sesso nel nostro ordinamento.

Ciò che rende interessante questa sentenza, in particolare se raffrontata con decisioni analoghe — mi riferisco all’epilogo del “caso Bernaroli” ed alla recentissima sentenza della Corte Edu sul “caso Oliari” — è l’anacronismo in cui appare avvolta.

* Assegnista in Diritto costituzionale, Università di Padova.

Tale è l'ampiezza nella distanza tra le posizioni espresse da questi giudici, che questo dispositivo appare come una "meteora all'orizzonte" nel cammino verso il pieno riconoscimento delle coppie *same-sex* quali formazioni sociali cui lo Stato deve (non può) garantire tutela giuridica.

Uno scollamento che rende l'analisi di questo dispositivo un esercizio didattico volto a ribadire ciò che "non può più essere", ma che allo stesso tempo porta ad interrogarsi sul ruolo dei giudici in un contesto molto delicato quale quello dell'affermazione/estensione dei diritti fondamentali.

Gli interrogativi posti dai ricorrenti nella sentenza n. 2400/14 sono ormai tra quelli più dibattuti anche in dottrina: (1) sussistono o no i presupposti per giungere ad una presa di posizione più marcata dei giudici rispetto alle richieste di tutela delle coppie dello stesso sesso in uno scenario come quello italiano in cui la latitanza del legislativo è ormai assordante?; (2) il "tempo" sino ad ora lasciato al legislatore per intervenire è scaduto oppure no? A tali quesiti questo giudice ha risposto negativamente.

2. I motivi del ricorso

Il caso sottoposto al vaglio dalla prima sezione civile della Cassazione il 30 ottobre 2014 aveva ad oggetto il ricorso presentato da una coppia dello stesso sesso avverso il diniego posto dall'ufficiale di stato civile alle pubblicazioni di matrimonio. Rigettato in primo grado ed in appello, il caso giunge in Cassazione dove vengono sollevate una serie di questioni che il giudice di legittimità affronta puntualmente. È dunque opportuno analizzarle separatamente.

Nel primo motivo di ricorso, i ricorrenti ribadiscono quanto già sostenuto in appello, ovvero che il codice civile attualmente in vigore e la stessa Costituzione non forniscono alcuna reale norma definitiva di matrimonio in senso strettamente eterosessuale. Da tale premessa essi concludono che una lettura inclusiva delle attuali disposizioni ordinamentali inerenti il matrimonio non sarebbe solo possibile, ma addirittura necessaria.

Al giudice di Cassazione viene quindi chiesto di dedurre la violazione degli artt. 1, 3, 10, 117 co.1, della Costituzione, dell'art. 9 della Carta di Nizza, dell'art. 12 della CEDU quale norma interposta, poiché la Corte d'Appello aveva fondato la sua decisione sulla ineludibilità della differenza di sesso tra nubendi¹.

Nelle argomentazioni dei ricorrenti viene fatto ampio riferimento all'evoluzione giurisprudenziale avvenuta sia internamente che internazionalmente rispetto ad un fenomeno sociale — quello dell'estensione di diritti anche alle famiglie composte da due persone del medesimo sesso — che gode oggi di una attenzione sempre maggiore, proprio in ragione della c.d. tutela multilivello dei diritti fondamentali.

In particolare, viene sostenuto che in ragione di una asserita inviolabilità del diritto a contrarre matrimonio, ammettere che il legislatore ordinario ne possa disporre liberamente equivarrebbe a sostenere allo stesso tempo che esso può in qualunque momento privarlo di efficacia. Un'ipotesi quest'ultima palesemente in contrasto con il dettato costituzionale.

Nel secondo motivo di ricorso, i ricorrenti ripercorrono le sentenze n. 138/2010 della Corte costituzionale² e la sentenza n. 4184/2012 della Cassazione argomentando che, proprio alla luce di quest'ultima pronuncia, si dovrebbe considerare superato il "limite dell'eterosessualità"³.

In effetti, secondo parte della dottrina, nella sentenza n. 4184/12 — che aveva ad oggetto la trascrivibilità del matrimonio *same-sex* contratto all'estero — il giudice di Cassazione ragionando sulla

1 Corte di cassazione, prima sezione civile, 30 ottobre 2014, n. 2400/14, 'Motivi della decisione', p. 6.

2 Tra gli innumerevoli contributi che la dottrina ha elaborato sulla sentenza n. 138/2010 si vedano (tra gli altri), B. Pezzini, *La sentenza 138/2010 parla (anche ai giudici)*, in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138/2010: quali prospettive?*, B. Pezzini e A. Lorenzetti (a cura di), Napoli, 2011, pp. 95 e ss.; Nello stesso volume, F. Bilotta, *L'interpretazione delle norme vigenti: il ruolo dell'avvocato*, pp. 43 e ss.; M. Di Bari, *La lettura in parallelo delle sentenze n. 138/2010 e n. 245/2011 della Corte Costituzionale: una breve riflessione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 2010

3 Corte di cassazione, prima sezione civile, 15 marzo 2012, n. 4184/12, 'Motivi della decisione', para. 4.1-4.2.

sentenza n. 138/2010 aveva privilegiato una lettura dell'art. 29 Cost. non più originalista ma piuttosto "aperta"⁴ ed ispirata ai principi della CEDU e della Carta di Nizza⁵.

Nel terzo ed ultimo motivo di ricorso, i ricorrenti individuano l'illegittimità costituzionale delle norme civilistiche⁶ che si porrebbero quale limite alla possibilità di contrarre matrimonio per due persone dello stesso sesso, adducendo le seguenti motivazioni: (1) la Corte costituzionale nella sentenza n. 138/2010 non ha considerato il parametro dell'art. 2 Cost. in relazione agli artt. 9 della Carta di Nizza e 12 della CEDU e dunque, ove non si possa optare per una lettura costituzionalmente orientata delle attuali norme, si rende necessaria una nuova ed ulteriore pronuncia della Corte costituzionale sulle stesse norme considerando l'attuale evoluzione giurisprudenziale sovranazionale; (2) il combinato disposto degli artt. 2 e 3 della Costituzione imporrebbe allo Stato di non discriminare nel godimento di un diritto fondamentale se non in ragione di un interesse pubblico primario e quindi prevalente⁷.

3. La risposta della Suprema Corte

Innanzitutto il giudice *de quo* ripercorrendo alcuni passaggi cruciali della sentenza n. 138/2010 spiega come il caso di specie abbia le stesse caratteristiche del caso sottoposto alla Consulta nel 2010. Quindi, ne deduce che non sussistono elementi idonei per ritenere quest'ultimo "un nuovo caso" da doversi riesaminare e dunque riformare⁸.

Anzi, la Cassazione sottolinea come, anche alla luce della sentenza n. 170 del 2014⁹ in cui la Consulta ha richiamato il legislatore ad intervenire tempestivamente per colmare la lacuna legislativa che determina una totale assenza di tutele per la coppia dello stesso sesso "derivata", risulterebbe comunque immutata la prospettiva secondo cui spetta al legislatore "nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzie e di riconoscimento"¹⁰.

La Cassazione arriva a tale conclusione seguendo tre filoni argomentativi, peraltro collegati. In *primis*, si sottolinea come il Giudice delle leggi nella sentenza n. 170/2014 abbia nuovamente chiamato

4 La Cassazione aveva infatti sottolineato come "il limitato ma determinante effetto dell'interpretazione della Corte Europea — secondo cui "la Corte non ritiene più che il diritto al matrimonio di cui all'articolo 12 debba essere limitato in tutti i casi al matrimonio tra persone di sesso opposto" (caso *Schalk e Kopf contro Austria*) —, sta nell'aver fatto cadere il postulato implicito, il requisito minimo indispensabile a fondamento dell'istituto matrimoniale, costituito dalla diversità di sesso dei nubendi e, conseguentemente, nell'aver ritenuto incluso nell'art. 12 della CEDU anche il diritto al matrimonio omosessuale". Corte di cassazione, sentenza 4184/12, *Motivi della decisione*, para. 4.1.

5 Per un approfondimento delle diverse posizioni dottrinali si rinvia a A Spadaro, *Matrimoni "fra gay": mero problema di ermeneutica costituzionale — come tale risolubile dal legislatore ordinaria e dalla Corte, re melius perpensa — o serve una legge di revisione costituzionale?*, *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 2013; R. Torino, *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, Roma, 2013, e-book reperibile in <http://dspace-roma3.casur.it/bitstream/2307/2133/1/Le%20coppie%20dello%20stesso.pdf>; M. Di Bari, *Considerazioni a margine della sentenza n. 4184/2002 della Corte di cassazione: la Cassazione prende atto di un trend europeo consolidato nel contesto delle coppie delle coppie same-sex anche alla luce della sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2012; L. Lorello, *La Cassazione si confronta con la questione del matrimonio omosessuale*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2012; M. Finocchiaro, *L'atto deve essere considerato inidoneo a produrre effetti giuridici nell'ordinamento*, in *Guida al Diritto*, n. 14, 2012, p. 35 ss.; I. Massa Pinto, *"Fiat matrimonio!" L'unione omosessuale all'incrocio del dialogo tra Corte costituzionale, Corte europea dei Diritti dell'uomo e Corte di Cassazione: può una sentenza della Corte di Cassazione attribuire a (un inciso di) una sentenza della Corte europea il potere di scardinare «una consolidata ed ultramillenaria tradizione» (superando anche il giudicato costituzionale)?*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2012; A. Schuster, *Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 2012; M. Gattuso, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Trattato di diritto di famiglia*, P. Zatti (a cura di), Milano, 2011.

6 Nello specifico si fa riferimento agli artt. 107, 108, 143, 143 bis, ter, 156 bis del codice civile.

7 Nel ricorso si fa ampio e diffuso riferimento al concetto di autodeterminazione (art. 2 Cost.) nonché alla dignità personale (art. 3 Cost.). Un altro punto sollevato, se vogliamo provocatorio, è quello concernente la presunta violazione dell'art. 22 Cost. giacché il divieto di contrarre matrimonio per le sole persone dello stesso sesso tenderebbe ad equiparare gli omosessuali agli interdetti.

8 È utile sin da subito sottolineare come la mancanza di "novità" del caso in esame non determini alcun automatismo, anzi, avrebbe potuto spingere il giudice ad assumere una posizione diametralmente opposta. Infatti, se da anni il problema non trova una soluzione in sede legislativa nonostante i continui richiami, è forse giunto il momento di un intervento suppletivo volto a sanare la violazione perpetua dei diritti fondamentali per un'intera categoria di soggetti.

9 Corte costituzionale, sentenza dell'11 giugno 2014, n. 170.

10 Corte costituzionale, sentenza del 14 aprile 2010, n. 138, *Considerato in diritto* 8.

in causa il legislatore ricorrendo ad una additiva di principio, senza quindi rimediare esso stesso alla violazione determinata dall'applicazione di una normativa dichiarata incostituzionale¹¹.

In secondo luogo, viene ribadita l'infondatezza della pretesa di considerare il sistema convenzionale CEDU quale parametro di riferimento capace di integrare il parametro costituzionale tanto da poter superare il paradigma eterosessuale nella definizione di matrimonio.

Nello specifico, si sottolinea come dal caso *Shalk and Kopf c. Austria*¹² la Corte di Strasburgo non abbia fatto discendere alcun nuovo obbligo per gli Stati della CEDU e coerentemente alle sue precedenti pronunce abbia mantenuto immutato il rispetto per il margine di apprezzamento comunque dovuto agli Stati membri.

In terzo luogo, i giudici della Suprema Corte, ripercorrendo alcuni passaggi della precedente decisione n. 4184 del 2012¹³, evidenziano come pur ammettendo che non vi sia un divieto di natura costituzionale al matrimonio *same-sex*, le possibilità lasciate al giudice restano di natura residuale e sono volte solo a far valere il principio racchiuso nell'art 2 Cost.

In effetti, pur ribadendo che è da escludersi la contrarietà all'ordine pubblico delle unioni dello stesso sesso¹⁴, secondo la Cassazione al giudice comune resta stabilire — caso per caso — quando è possibile provvedere ad una omogeneizzazione delle fattispecie.

In altre parole, secondo il giudice della sentenza n. 2400/14 se è da "escludere il fondamento delle censure prospettate, non solo sotto il profilo della creazione giurisprudenziale dell'unione tra persone dello stesso sesso, risultando tale operazione ben diversa da quella consentita (Cass. 4184 del 2012) di adeguamento ed omogeneizzazione nella titolarità e nell'esercizio dei diritti¹⁵", resta fermo l'assunto secondo cui il "nucleo affettivo – relazionale che caratterizza l'unione omo affettiva, invece, riceve un diretto riconoscimento costituzionale dall'art. 2 Cost. e mediante il processo di adeguamento e di equiparazione imposto dal rilievo costituzionale dei diritti in discussione, può acquisire un grado di protezione e tutela equiparabile a quello matrimoniale in tutte le situazioni nelle quali la mancanza di una disciplina legislativa determina una lesione di diritti fondamentali scaturenti dalla relazione in questione¹⁶".

Un orientamento che, per un verso conferma la precedente giurisprudenza, per l'altro chiude le porte ad ogni ulteriore valutazione, determinando una netta chiusura rispetto alle richieste dei ricorrenti.

11 Della sentenza n. 170/2014 hanno già scritto stimati colleghi a cui faccio rinvio G. Palmeri, M.C. Venuti, *L'inedita categoria delle unioni affettive con vissuto giuridico matrimoniale*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 12, parte seconda, 2014, pp. 553-566; P. Bianchi, *Divorzio imposto: incostituzionale, ma non troppo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it; F. Biondi, *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio "imposto": un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it; G. Brunelli *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. "divorzio imposto"*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2014; M. Di Bari *"Commento "a caldo" della sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale: quali prospettive?*, in *Osservatorio AIC*, www.osservatorioaic.it; B. Pezzini *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2014; A. Ruggeri, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, in *Consulta on line*, www.giurcost.org; F. Saitto, *Rettificazione di sesso e "paradigma eterosessuale" del matrimonio: commento a prima lettura della sent. n. 170 del 2014 in materia di "divorzio imposto"*, in *Diritti comparati*, www.diritticomparati.it; C. Salazar *Amore non è amore se muta quando scopre un mutamento*, in *Confronti costituzionali*, www.confronticostituzionali.it; P. Veronesi, *Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto" il "caso Bernaroli" nella sentenza n. 170/2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it; M.M. Winkler *"La Corte costituzionale si pronuncia sul caso del divorzio "imposto": luci e ombre"*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2015; L. Conte, *"Anche nelle situazioni minoritarie e anomale". La sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale e l'istituto matrimoniale tra vecchie resistenze e nuove aperture*, in questa Rivista, 2014 n. 2, pp. 126 ss.; R. Romboli, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, in *Foro italiano*, 2014, p. 10; V. Baldini, *Diritto al matrimonio, unioni omosessuali e volontà del costituente*, in *Diritti fondamentali*, www.dirittifondamentali.it; R. Cataldi, *Coppia o famiglia? L'implicito interrogativo lasciato aperto dalla Consulta nella sentenza costituzionale sul c.d. "divorzio imposto"*, in *Osservatorio AIC*, www.osservatorioaic.it, 2014..

12 Corte Edu, 24 Giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, n. 30141/04..

13 Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenza del 15 marzo 2012, n. 4184.

14 Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenza del 30 ottobre 2014, n. 2400, p. 17

15 *Ivi*, p. 16.

16 *Ivi*, p. 16.

4. Posizioni contrapposte: il “caso Bernaroli” e il “caso Oliari”

Al fine di comprendere al meglio la problematicità sottesa alla sentenza di cui si discute in questa nota, può essere utile fare un brevissimo richiamo ad altre due importanti pronunce successive, che in qualche modo sembrano smentire l’orientamento espresso nella sentenza n. 2400/14.

Nella decisione n. 8097/15, facendo seguito alla sentenza di accoglimento della Consulta n. 170/2014 la Suprema Corte ha risolto il ricorso in favore delle ricorrenti determinando, di fatto, la prima ipotesi di riconoscimento di matrimonio *same-sex* nell’ordinamento italiano almeno “*fino a quando il legislatore non consenta [alle parti] di mantenere in vita il rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata che ne tuteli adeguatamente diritti ed obblighi*”¹⁷.

La scelta operata dalla Cassazione nel “caso Bernaroli” ha suscitato non pochi dubbi in dottrina.

In particolare, la scelta dei giudici di considerare autoapplicativa una additiva di principio, colmando quella lacuna ordinamentale che la Corte costituzionale aveva evidenziato — *ma non rimosso* — nel dichiarare illegittima la normativa sul divorzio imposto ha diviso gli studiosi. Da una parte vi è chi plaude ad una scelta orientata alla tutela dei diritti¹⁸, dall’altra coloro che vedono in questo “scatto in avanti” un’invasione di campo non priva di rischi¹⁹.

A parere di scrive, la sentenza n. 8097/15, pur avendo avuto il merito di rimuovere una insopportabile violazione di un diritto fondamentale quale quello reclamato dalla coppia *same-sex* “derivata”, non può non destare alcune perplessità. È infatti indubbio che l’affermazione di questo fondamentale diritto ha avuto luogo attraverso un esercizio giurisprudenziale che sembra (volere) divenire supplente perpetuo di un legislatore incapace di fornire risposte rapide ed efficaci²⁰.

Una scelta forse obbligata, se si considera l’atteggiamento del nostro legislatore, ma pur sempre una scelta “erosiva” di quell’impianto costituzionale e democratico basato sulla divisione dei poteri.

Nel “caso Oliari” la Corte di Strasburgo si è trovata di fronte ad una richiesta molto simile a quella fatta pervenire ai giudici supremi italiani nella sentenza n. 2400/14. Anche in questo caso, infatti, i ricorrenti lamentavano l’impossibilità di poter accedere all’istituto matrimoniale, poiché il rifiuto di procedere alle pubblicazioni matrimoniali da parte delle autorità italiane si pone(va) quale limite all’esercizio di questo fondamentale diritto²¹.

Il dispositivo anche in questo caso presenta diversi ed interessanti profili di indagine. Tuttavia, in questa sede è utile limitarsi alle sole parti che trovano assonanza con il caso italiano riguardante la pronuncia della Cassazione n. 2400/15.

I ricorrenti, esperiti tutti i ricorsi interni²² avevano adito la Corte europea, lamentando la violazione della Convenzione, in particolare degli artt. 8-12-14.

17 Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenza del 26 gennaio 2015, n. 8097, p. 17.

18 Interessante la lettura dei contributi apparsi in questa *Rivista* nel primo numero del 2015: B. Pezzini *Oltre il “caso Bernaroli”: tecniche decisorie, rapporti tra principi e regole del caso e vicende del paradigma eterosessuale del matrimonio*; P. Veronesi *Per una discussione sulla sentenza n. 8097/2015*; G. P. Dolso *Un matrimonio a tempo per il “transessuale tardivo”: considerazioni sul “seguito” della sentenza 170 del 2014 della Corte costituzionale*; G. Parodi *Interessi non bilanciabili e decisioni d’incostituzionalità meramente dichiarative. Il seguito nel giudizio a quo della sentenza n. 170 del 2014 della Corte costituzionale*.

19 R. Romboli, *La Corte (di cassazione) dei miracoli: una norma dichiarata incostituzionale che può risuscitare a seguito dell’auspicato intervento del legislatore*, in questa *Rivista*, 2015, 1, pp. 120 ss.; A. Ruggeri: *Il “controcanto” stonato della Cassazione alla Consulta, a riguardo del matrimonio del transessuale*, in questa *Rivista*, 2015, 1, pp. 126 ss.; V. Baldini, *Riflessioni a caldo sulla sentenza n. 8097/15: il giudice della nomofilichia smentisce la Corte costituzionale in tema di matrimonio tra omosessuali?*, in *Diritti fondamentali*, www.dirittifondamentali.it, 2015..

20 Non si può infatti dimenticare che, almeno per quanto sino ad oggi ripetutamente affermato dalla nostra Corte costituzionale, il matrimonio tra persone dello stesso sesso non rientra nella definizione di cui all’art. 29 Cost. tanto più se letto alla luce della definizione civilistica di matrimonio così come suggerito dalla stessa Corte nella sentenza n. 170/2014.

21 Si vedano in proposito i contributi di C. Danisi, *Il diritto al rispetto per la vita familiare impone l’obbligo di riconoscere giuridicamente la relazione tra due persone dello stesso sesso*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2015; L. Scaffidi Runchella, *Ultreya coppie same-sex! La Corte europea dei diritti umani sul caso Oliari e altri v. Italia*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2015.

22 È utile sottolineare in questa sede come la sentenza *Oliari* contenga un importante elemento di novità procedurale in relazione alla necessità di esperire tutti i rimedi interni *ex art. 35 CEDU*. Infatti, la decisione ha avuto origine dall’esame di due distinti ricorsi poi riuniti, proposti da tre coppie *same-sex* italiane, che si erano viste rifiutare dall’ufficiale dello stato civile le pubblicazioni matrimoniali. In seguito, il sig. Oliari e il suo compagno dopo una serie di ricorsi che li aveva portati sino alla Corte costituzionale e che si era espressa (sfavorevolmente) con la sentenza n. 138 del 2010, era giunto di fronte alla Corte Edu. Diversamente le altre due coppie ricorrenti, alla luce della sentenza n. 138 del 2010 non avevano ritenuto necessario avvalersi dei mezzi di ricorso interno (ritenendo quella strada già chiusa) ed avevano proposto ricorso diretto alla Corte Edu la

La Corte Edu, pur non riscontrando la violazione dell'art. 12 CEDU — la cui interpretazione resta (per ora) ancorata al margine di apprezzamento nazionale — ha comunque reso una sentenza che, alla luce dell'art. 8 CEDU ha chiarito una volta per tutte che “*the Court considers that in the absence of marriage, same-sex couples [...] have a particular interest in obtaining the option of entering into a form of civil union or registered partnership, since this would be the most appropriate way in which they could have their relationship legally recognized*”²³.

Successivamente, la Corte ha affermato, “*the absence of a prevailing community interest being put forward by the Italian Government, against which to balance the applicants' momentous interests [...] the Court finds that the Italian Government have overstepped their margin of appreciation and failed to fulfil their positive obligation to ensure that the applicants have available a specific legal framework providing for the recognition and protection of their same-sex unions*”²⁴.

Il Giudice della Convenzione ha dunque sgombrato ogni dubbio. Per la prima volta è stato chiaramente affermato che sussiste una *positive obligation* di riconoscere le coppie dello stesso sesso, ovvero di provvedere a garantire il rispetto della vita familiare anche per le famiglie composte da soggetti dello stesso sesso. Un riconoscimento che può distinguersi dall'ipotesi di introdurre il c.d. matrimonio egualitario ma che deve comunque permettere il godimento dei “*core rights relevant to a couple in a stable and committed relationship*”²⁵. Ogni ulteriore alibi da parte di un legislatore indeciso sul da farsi è oggi venuto meno.

5. Considerazioni conclusive

Venendo ora raffronto della sentenza n. 2400/14 con i successivi sviluppi ciò che appare essere l'elemento di maggiore criticità è una mancata ed attenta ponderazione da parte dei giudici supremi del “fattore tempo”. Un elemento questo, che avrebbe potuto spingere ad una riflessione più approfondita relativamente al concetto di matrimonio ed alla sua ormai indiscutibile mutazione di significato²⁶.

Riassumendo per sommi capi, il giudice della n. 2400/14, aveva almeno altre due possibilità: (1) optare per l'accoglimento del ricorso attraverso una lettura costituzionalmente orientata delle attuali norme civilistiche; (2) rinviare il caso alla Consulta affinché essa si potesse pronunciare nuovamente.

Il giudice del ricorso si è invece posto di fronte alle questioni sollevate con quella che appare essere una netta visione della materia del contendere. Un orientamento “chiuso”, volto ad escludere la possibilità di riformare la sentenza di appello e, allo stesso tempo, sbarrare le porte ad una possibile ordinanza di remissione alla Corte costituzionale per un esame *ex novo* della questione.

Un atteggiamento che, non fosse stato smentito di lì a pochi mesi da altri giudici, avrebbe potuto determinare un deciso segnale di “stop” nel cammino verso il pieno riconoscimento delle coppie omosessuali nel nostro paese.

Quello che si potrebbe chiamare “fattore tempo” sembra essere stato totalmente ignorato dalla Cassazione. Non vi era infatti alcun motivo “automatico” per ritenere preclusa la via del ricorso alla Corte costituzionale.

Se da un lato i giudici hanno sostenuto — non a torto — che il ricorso si fondava sugli stessi motivi che avevano dato origine al caso risolto dalla Consulta nella pronuncia n. 138/2010, ciò che appare essere stato totalmente ignorato è il lasso di tempo intercorso tra la decisione presa nel 2010 ed il caso sottoposto al vaglio della Cassazione nel 2014.

Si potrebbe argomentare che il mancato rinvio alla Consulta sia stato determinato dal timore — alla luce della sentenza n. 170/2014 — di scontrarsi nuovamente con un Giudice delle leggi poco incline ad accogliere un ricorso volto a rimodellare di significato l'art. 29 Cost.

Ciò nonostante, le sentenze della Cassazione n. 4184/12 e della Corte costituzionale n. 170/2014 avrebbero potuto orientare il giudice della sentenza n. 2400/14 a ritenere aperta la possibilità di un nuovo esame del caso da parte della Corte costituzionale, proprio in ragione del mancato intervento del legislatore.

quale non ha ritenuto di doversi non procedere *ex art.* 35 CEDU ma ha accolto la tesi dei ricorrenti secondo cui la “via interna” fosse di fatto già preclusa. Sul punto, L. Scaffidi Runchella, *cit.*

23 Corte Edu, decisione del 21 luglio 2015, *Oliari c. Italia*, n. 18766/11, para. 174.

24 *Ivi*, para. 185.

25 *Ivi*, para. 174.

26 M. Gattuso, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, *cit.*, 793.

Se, come stabilito oggi anche in sede CEDU nel “*caso Oliari*” esiste l’obbligo di provvedere per via legislativa alla tutela delle coppie dello stesso sesso, la discrezionalità, per un legislatore perennemente inerte, appare sempre più “erosa dallo scorrere del tempo”. In altre parole, pur riconoscendo al legislatore le sue prerogative, se esso continua a non farsi carico della questione, non resta che provvedere per altra via, ovvero quello giudiziaria.

A questo giudice va il merito di aver ribadito la non contrarietà all’ordine pubblico del matrimonio *same-sex* ed anche la necessità di provvedere con urgenza per via legislativa ad una regolamentazione della fattispecie “coppia dello stesso sesso”.

Concludendo, nonostante questa sentenza di rigetto rimanga “isolata” in un panorama ampio e più aperto alle necessità di tutela espresse dalle coppie dello stesso sesso, questo dispositivo non può che far riflettere (nuovamente) lo studioso sulla opportunità di lasciare (esclusivamente) ai giudici l’ultima parola sulla affermazione/estensione dei diritti fondamentali.

Antonio Rotelli*

Nota a Corte di cassazione, terza sezione civile, sentenza del 22 gennaio 2015, n.1126

Sommario

1. Il caso: l' idoneità alla guida delle persone omosessuali – 2. Il risarcimento del danno non patrimoniale – 3. La quantificazione del danno morale nei giudizi di merito – 4. La gravità della lesione nel giudizio della Cassazione

Abstract

L' articolo commenta la decisione della Corte di cassazione sul noto caso della verifica dei requisiti psico-fisici per il possesso della patente di guida, cui era stato sottoposto un giovane che aveva reso esplicito il proprio orientamento omosessuale durante la visita di leva. Non essendo controverso l' accertamento del comportamento discriminatorio della pubblica amministrazione, i giudici di legittimità sono stati investiti unicamente del problema della corretta quantificazione del danno non patrimoniale. Avendo riscontrato che nel procedere alla quantificazione la Corte territoriale non ha tenuto conto dell' effettiva gravità della lesione di diritti fondamentali della persona, la sentenza è stata cassata con rinvio alla Corte d' appello di Palermo.

The article is a commentary to judgement of the Italian Supreme Court (Corte di Cassazione) of 22 January 2015 No. 1126. The case concerned an Italian teenager who made explicit his homosexuality when inducted into military service, which was compulsory in Italy until 2005. The army physician sent him to the driver licensing local authority in order to verify if they had to revoke his driving license because of his sexual orientation. The driver licensing local authority did not find any reason to do so, however, they renewed his driving license only for one year. Both the Court of first instance and the Court of appeal held that the teenager had been discriminated on grounds of sexual orientation, but the Court of appeal reduced the compensatory moral damages awarded by the Court of first instance. The judgement of the Corte di Cassazione focused only on the quantification of the moral damages. It held that the Court of appeal quantification of damage did not consider the serious violation of human rights suffered by the person and ordered a new trial to a different Court of Appeal in order to determine the proper amount of moral damages..

* Avvocato del Foro di Taranto. Il contributo viene pubblicato in seguito a referees a doppio cieco.

1. Il caso: l'idoneità alla guida delle persone omosessuali

La vicenda da cui è nato il procedimento giunto fino in Corte di cassazione concerne un giovane che durante la visita leva, quando ancora questa era obbligatoria, aveva reso manifesto il proprio orientamento omosessuale¹. A seguito di tale dichiarazione, presso l'Ospedale militare dove era stato inviato in osservazione, aveva ricevuto una valutazione di idoneità al servizio militare recante diagnosi di «disturbo dell'identità sessuale», non accompagnata da alcuna motivazione che spiegasse la natura del disturbo o le sue conseguenze sul giovane.

L'Ospedale militare aveva inviato prontamente una segnalazione alla Motorizzazione civile competente per territorio, chiedendo di sottoporre il giovane a revisione della patente di guida per verificare se possedesse i requisiti psico-fisici di idoneità alla conduzione di autoveicoli. All'esito della verifica, pur non avendo riscontrato alcun problema, la Commissione medica aveva rinnovato la patente di guida solo per un anno. Fin da subito il giovane aveva fatto ricorso tanto in sede amministrativa², tanto in sede civile³⁴ contro tale decisione della Commissione.

Purtroppo, va ricordato che tale vicenda non è isolata. Anche se non si dispone di dati che consentano di affermare che l'accaduto fosse pratica diffusa, allo scrivente consta che, ancora agli inizi degli anni duemila, alcuni Ospedali militari segnalavano agli uffici provinciali della motorizzazione i giovani il cui orientamento omosessuale veniva palesato nel corso della visita di leva. La segnalazione era fondata sulla considerazione dell'omosessualità in sé come condizione personale patologica o tale da compromettere l'idoneità alla guida di autoveicoli.

Chi scrive ha seguito altri due casi — originati dall'Ospedale militare di Bari —, che hanno portato alla sospensione della patente di guida. Entrambi i casi si sono risolti in via amministrativa direttamente dinanzi alla Motorizzazione civile di Brindisi e in uno dei due casi è stato necessario coinvolgere il competente Ministero. In particolare, uno dei due giovani non si era presentato alla visita presso la Commissione medica della Motorizzazione, non avendo mai ricevuto alcun avviso o convocazione. Come conseguenza era stato adottato un provvedimento di sospensione della patente di cui il giovane — che aveva continuato a condurre autoveicoli — era venuto a conoscenza a quasi dieci anni di distanza, in occasione di un'ordinaria verifica da parte di una pattuglia che eseguiva controlli stradali⁵.

2. Il risarcimento del danno non patrimoniale

Nel caso sottoposto alla Cassazione, è stato accertato, tanto dal Tribunale di Catania tanto dalla competente Corte di appello, che il giovane è stato vittima di una discriminazione motivata dal suo orientamento omosessuale. Non essendo pertanto controverso l'accertamento dell'*an*, il ricorso per Cassazione ha insistito unicamente sul profilo della contestata quantificazione del danno non patrimoniale subito dalla parte lesa e sul ricorso incidentale del Ministero delle infrastrutture — respinto dai giudici — che lamentava il proprio difetto di *legitimitas ad causam*.

Merita accennare brevemente che in tema di risarcimento del danno non patrimoniale le pronunce e i *revirement* giurisprudenziali sono stati numerosi⁶. Le sentenze Sezioni unite del 2008⁷, lungi dal risol-

1 Corte di cassazione, sentenza del 22 gennaio 2015, n.1126 in questa *Rivista*, p. 320. Sulla sentenza in commento si segnala G. Citarella, *Identità sessuale, riservatezza e danno non patrimoniale*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 3, 2015, pp. 829 ss; nonché gli interventi di F. Quarta e G. Ponzanelli, *Diritti inviolabili, gravità dell'offesa e rimedi civilistici*, in *Danno e responsabilità*, 2015, 5, pp. 513 ss.

2 Tribunale amministrativo regionale Sicilia, sezione di Catania, sezione seconda, sentenza del 7 dicembre 2005 n. 2353 in *Articolo29*, www.articolo29.it.

3 Tribunale di Catania, sentenza del 2 luglio 2008, in *Articolo29*, www.articolo29.it ed in *Responsabilità civile e previdenza*, 2008, 12, pp. 2536 ss con nota di A. Rotelli, *Il danno da discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*.

4 Corte di appello di Catania, prima sezione civile, sentenza del 12 ottobre 2010 n. 1131 in *Articolo29* www.articolo29.it.

5 *È gay, non può rinnovare la patente*, 11 maggio 2011, in <http://bari.repubblica.it/cronaca/2011/05/11/news/patente-16086621/>

6 G. Buffone, *Il risarcimento del danno non patrimoniale ossia il decimo problema di Hilbert*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 3, 2015, pp. 1007 ss.

7 Corte di cassazione, sezioni unite, sentenze dell'11 novembre 2008 nn. da 26972 a 26975.

vere i contrasti rilevati in dottrina e in giurisprudenza, hanno ricordato che sono principi informatori della materia quelli della integralità, effettività e personalizzazione del risarcimento del danno.

Il danno morale soggettivo è passato dall'essere considerato autonoma categoria o sottocategoria del danno non patrimoniale⁸ ad elemento consustanziale della lesione di un diritto a contenuto non patrimoniale, di cui il giudice deve tenere conto al fine di addivenire alla determinazione quantitativa integrale del danno⁹. Fermo restando, tuttavia, la sua resistenza "ontologica" quando si manifesti come "puro", oppure non degradi nel danno biologico¹⁰.

Nel caso in esame, il danno morale si è presentato nella prima forma, senza una degenerazione patologica costituente danno biologico e senza pregiudizi che si possano riportare alla nozione di danno esistenziale.

Il meccanismo di quantificazione del *quantum debeatur* del danno morale si risolve nel riferimento all'equità da parte del decidente. Ciò non toglie che non ci si trovi dinanzi a una liquidazione arbitraria, dovendo il giudice dare conto del ragionamento logico-giuridico e dei parametri che lo hanno guidato nella liquidazione integrale del pregiudizio sofferto. È principio condiviso, inoltre, quello secondo il quale il danno non patrimoniale può provarsi anche con presunzioni¹¹ e con il ricorso a fatti notori¹², che costituiscono mezzi di prova di rango non inferiore agli altri. La loro efficacia di mezzi di prova cresce proporzionalmente alla gravità della lesione subita, in base ad un giudizio di ragionevolezza¹³.

Nel caso in commento, gli elementi costitutivi del danno sono stati oggetto di lunga trattazione nella sentenza del Tribunale di Catania.

- 8 Corte di cassazione, terza sezione civile, sentenze del 31 maggio 2003 nn. 8827 e 8828; Corte costituzionale, sentenza 30 giugno-11 luglio 2003, n. 233, paragrafo 3.4 della parte in diritto.
- 9 Corte di cassazione, terza sezione civile, sentenze del 13 agosto 2015 n. 16788 e del 6 marzo 2014 n. 5243. Si veda da ultimo anche Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza del 22 luglio 2015, n. 15350, in particolare paragrafo 4 della parte in diritto.
- 10 Corte di cassazione, terza sezione civile, sentenza dell'8 maggio – 30 luglio 2015 n. 16197; Corte costituzionale, sentenza del 6 ottobre 2014, n. 235, paragrafo 10.1 della parte in diritto. Sul tema dell'autonomia del danno morale si vedano ancora Corte di cassazione, terza sezione civile, 24 marzo 2011, n. 6750; Corte di cassazione, terza sezione civile, 12 settembre 2011, n. 18641; Corte di cassazione, terza sezione civile, sentenza del 3 maggio 2012, n. 20292; Corte di cassazione, terza sezione civile, sentenza del 3 ottobre 2013, n. 22585. In dottrina, per una ricostruzione del vicende legislative e giurisprudenziali relative al danno non patrimoniale e, in particolare, quello morale, si vedano, tra gli altri: G. Mastrangelo, *Violenza sessuale di gruppo e responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c.: il risarcimento del danno non patrimoniale come "internalizzazione del rischio educativo"?*, in *Responsabilità civile e previdenza*, fasc.7-8, 2010, pp. 1614 ss.; P. Chindemi, *Danno morale autonomo rispetto al danno biologico*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2012, pp. 2483 ss.; A. Maio, *Sopravvive il danno morale?*, in *Il Corriere giuridico*, 1, 2012, pp. 53 ss.; G. Ponzanelli, *La Cassazione e il danno morale: un contributo per una lettura*, in *Danno e responsabilità*, 1, 2012; p. 17; P. Ziviz, *La fallacia del principio onnicomprensivo*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2011, pp. 1731 ss.; P. Virgadamo, *Danno non patrimoniale e "nuova ingiustizia conformata": le "quattro stagioni" dell'art. 2059 c.c. in attesa della corte costituzionale?*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2, 2010, pp. 598 ss.
- 11 Si veda, ad esempio, tra le più recenti: Corte di cassazione, terza sezione civile, sentenza del 30 maggio 2014 n. 12265. Inoltre, Corte di cassazione, terza sezione civile, sentenza del 9 giugno 2015, n. 11851, così si esprime sul punto: «Il risarcimento del danno non patrimoniale ha ad oggetto sia la sofferenza morale interiore sia l'alterazione dei precedenti aspetti dinamico-relazionali della vita del soggetto leso. 4. Sarà dunque compito del giudice chiamato a valutare dell'uno e dell'altro aspetto di tale sofferenza procedere ad una riparazione che, caso, per caso, nella unicità e irripetibilità di ciascuno delle vicende umane che si presentano dinanzi a lui, risulti da un canto equa, dall'altro consonante con quanto realmente patito dal soggetto — pur nella inevitabile consapevolezza della miserevole incongruità dello strumento risarcitorio a fronte del dolore dell'uomo, che dovrà rassegnarsi a veder trasformato quel dolore in denaro. 4.1. La questione si sposta così sul piano della prova del danno, la cui formazione in giudizio postula, va sottolineato ancora una volta, la consapevolezza della unicità e irripetibilità della vicenda umana sottoposta alla cognizione del giudice, altro non significando il richiamo "alle condizioni soggettive del danneggiato" che il legislatore ha opportunamente trasfuso in norma. Prova che, come efficacemente rammentato della sentenza delle sezioni unite del 2008, potrà essere fornita senza limiti, e dunque avvalendosi (anche) anche delle presunzioni e del notorio. E di tali mezzi di prova il giudice di merito potrà disporre alla luce di una ideale scala discendente di valore dimostrativo, volta che essi, in una dimensione speculare rispetto alla gravità della lesione, rivestiranno efficacia tanto maggiore quanto più sia ragionevolmente presumibile la gravità delle conseguenze, intime e relazionali, sofferte dal danneggiato». Per un commento all'ultima sentenza citata si rinvia a P. Ziviz, *Il mosaico del danno alla persona*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2015, 4, pp. 1124 ss.
- 12 M. Taruffo, *Considerazioni sulle prove per induzione*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 4, 2010, pp. 1165 ss.
- 13 Corte di cassazione, terza sezione civile, sentenza del 29 novembre 2011, n. 25218; Corte di cassazione, prima sezione civile, 19 marzo 2014, n. 6299.
- 14 Corte di cassazione, terza sezione civile, sentenza del 6 aprile 2011, n. 7844; Corte di cassazione, terza sezione civile, sentenza del 9 giugno 2015, n. 11851, paragrafo 4.1 in diritto. P. Pirruccio, *Il danno non patrimoniale non è mai in re ipsa, ma occorre sempre la prova (anche presuntiva) del pregiudizio subito*, in *Giurisprudenza di merito*, 2013, 10, pp. 2086B ss.

3. La quantificazione del danno morale nei giudizi di merito

Il Tribunale di Catania ha rilevato che con il suo comportamento la pubblica amministrazione ha violato un diritto costituzionalmente protetto della persona, individuato nel non dover subire discriminazioni in ragione del proprio orientamento sessuale. Il fondamento di tale diritto viene individuato negli articoli 3 della Costituzione, 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti umani e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

In particolare, secondo il Tribunale le pubbliche amministrazioni erano venute meno al dovere assegnato loro dalla Costituzione «di rimuovere gli ostacoli di ordine sociale e, tra questi, le antiche prevenzioni verso l'omosessualità», rilevando come il loro comportamento «ha, inverso, gravemente offeso e oltraggiato la personalità dell'Attore in uno dei suoi aspetti più sensibili ed ha in più indotto nello stesso un grave sentimento di sfiducia nei confronti dello Stato, percepito non soltanto come "abbandonico", ma, vieppiù, come vessatorio nella deprivatione di una particolarissima occasione per la espressione e la realizzazione della sua personalità nel mondo esterno», ovvero la comunicazione del suo orientamento omosessuale nel corso della visita di leva, con la conseguenza di vedersi attribuire una diagnosi di «disturbo della identità sessuale». In più, aveva sottolineato il Tribunale, il giovane aveva dovuto sottoporsi «al mortificante, illegittimo e discriminante controllo di idoneità alla guida» presso la Commissione medica della locale Motorizzazione civile, che gli aveva rilasciato un certificato recante l'idoneità al possesso della patente di guida ma «solo "per anni uno", pur in assenza di patologie od anche semplici disturbi fisici o psichici». Nel certificato rilasciato dalla Motorizzazione anche le «reazioni della personalità» erano state definite «normali» e nessuna motivazione era stata addotta alla restrizione di validità della patente. Secondo il Tribunale doveva conclusivamente ritenersi che il «disturbo della identità sessuale» fosse stato considerato «per relationem» limitativo della idoneità alla guida.

Nelle sue motivazioni il Tribunale di Catania ha anche evidenziato che la lesione della libertà di esprimere la propria identità sessuale, quale componente essenziale del diritto inviolabile alla realizzazione della propria personalità, contrasta con l'articolo 2 della Costituzione¹⁵.

Infine, ha riscontrato la «grave» violazione delle norme in materia di trattamento dei dati personali, essendoci stata una non giustificata e consentita comunicazione di dati sensibili tra le pubbliche amministrazioni coinvolte. Infatti, l'Attore non era risultato «all'esito del ricovero presso l'Ospedale militare "non in possesso dei requisiti di idoneità psicofisica legalmente richiesti per la condotta di automezzi"».

Alla stregua di tutti gli elementi evidenziati il giudice di primo grado aveva ritenuto «giusto ed equo determinare il danno morale cagionato [...] nella misura di euro 100.000», a fronte di una richiesta della parte pari a euro 500.000 mila.

Nella successiva sentenza di appello, i giudici pur avendo fatte pienamente loro le motivazioni del Tribunale, avevano accolto il ricorso dei Ministeri appellanti sul punto della quantificazione del danno, ritenendo la cifra liquidata «esorbitante, oltre che del tutto priva di riscontro motivazionale». I parametri che la Corte d'appello di Catania ha utilizzato al fine «di tendere al concreto adeguamento del ristoro al fatto lesivo patito» non sono affatto diversi da quelli utilizzati dal Tribunale, ma di ciascuno è stata data una lettura riduttiva, che la Cassazione parafrasa come «malaccorto tentativo della Corte territoriale di edulcorare la gravità del fatto».

Nel novero dei parametri di riferimento la Corte d'appello, come il Tribunale, ha incluso l'«atto di discriminazione sessuale e la concorrente violazione della legge sulla privacy», ma ha minimizzato la loro lesività.

Secondo i giudici del gravame, infatti, la convocazione per la revisione della patente di guida era consistita in un'unica seduta e la patente non era mai stata revocata, anzi era stata rinnovata. Del tutto ignorata, ai fini della quantificazione del danno, è stata la circostanza del rinnovo della patente solo per un anno, nonostante la Commissione non avesse rilevato alcun disturbo psico-fisico e, in conseguenza di ciò, avrebbe dovuto rinnovarla fino alla regolare scadenza decennale. Continuando a considerare problematico l'orientamento sessuale del giovane, si era realizzata, invece, una indubbia reiterazione della discriminazione, che aggravava il danno morale.

Quanto all'illegittima diffusione di dati personali sensibili, la Corte di appello desume la ridotta rilevanza ai fini della quantificazione del danno dalla presunzione che sia avvenuta senza «pubblico ludibrio» e la vicenda si sia «dipanata per via affatto riservata» nell'ambito di una Commissione medica «comunque composta da professionisti capaci di valutare le implicazioni della vicenda».

Gli unici elementi che la Corte d'appello ha valorizzato ai fini della quantificazione del danno morale sono la giovane età della vittima e quello che definisce come aggravamento delle sofferenze psi-

15 Il Tribunale di Catania fa un espresso richiamo alla giurisprudenza della Cassazione: Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenza del 25 luglio 2007, n. 16417, in *Articolo29*, www.articolo29.it.

chiche patite a causa della qualità di pubblica autorità della Commissione davanti alla quale è dovuta comparire.

All'esito della valutazione sopra ricostruita, la Corte d'appello ha ridotto a venti mila euro l'importo del risarcimento, giudicando "sproporzionata" la misura riconosciuta dal Tribunale «tanto più in mancanza di qualsivoglia elemento specifico di sofferenza giammai addotto dalla difesa» dell'appellato. Non si può non notare una certa contraddizione tra tale ultimo inciso e il riconoscimento poco sopra delle «sofferenze psichiche patite dall'appellato».

4. La gravità della lesione nel giudizio della Cassazione

Il ragionamento logico-giuridico seguito dalla Corte territoriale per la quantificazione del pregiudizio sofferto è giudicato erroneo dalla Corte di cassazione. I supremi giudici rilevano la contraddizione presente in quella che definiscono «circoscrivibilità dell'effetto espansivo del danno» in base alla quale la Corte territoriale ha stabilito che la grave discriminazione sarebbe stata conosciuta solo dai soggetti pubblici che se ne sono occupati. Secondo la Cassazione si tratta di un argomento smentito dal fatto che la vittima della discriminazione ha dovuto tutelarsi attivando più procedimenti giudiziari (in prima istanza dinanzi al Tribunale amministrativo regionale e successivamente davanti alla giustizia ordinaria), ampliando la conoscenza e la conoscibilità pubblica del fatto. Né sarebbe possibile imputare alla vittima — scrivono i giudici — l'esercizio del diritto di difesa, non agendo il quale egli avrebbe limitato o impedito la pubblicità del caso a livello nazionale e internazionale.

La conclusione della Cassazione è che l'argomento della presuntiva limitatezza della conoscibilità dei fatti, non può essere assunto per ridimensionare la quantificazione del danno, riducendo così la gravità del fatto «ad aspetti soltanto endo-amministrativi».

Invece, i giudici di legittimità rimarcano che la lesione patita dal giovane omosessuale ha costituito un *vulnus* arrecato alla sua identità sessuale e alla libertà di esprimere il suo orientamento sessuale, entrambi interessi di indubbia rilevanza costituzionale e come tali coperti dall'operatività dell'articolo 2059 del codice civile, secondo la lettura costituzionalmente orientata.

Ricordano i giudici che l'identità sessuale è considerata uno degli aspetti più sensibili della personalità umana; quella che la Corte costituzionale ha definito «aspetto e fattore di svolgimento della personalità» e ha ricondotto nell'alveo dei diritti inviolabili che esigono il riconoscimento da parte di tutti per dovere di solidarietà sociale¹⁶. Così come la libera espressione della propria identità sessuale, di cui l'orientamento è parte costitutiva, è stata iscritta tra i diritti inviolabili¹⁷.

Enucleati i beni oggetto di tutela, la Corte ritiene che al principio del percorso di definizione del *quantum* deve porsi la valutazione della gravità della predetta lesione¹⁸, che invece la Corte d'appello ha ommesso nel suo ragionamento logico-giuridico, arrivando — come scrivono i giudici — a «edulcorare» la rilevanza dei «reiterati» eventi lesivi inflitti al giovane prima presso l'ospedale militare e successivamente presso la motorizzazione.

Il riferimento insistito che i giudici fanno alla "gravità" sembra far emergere — non in un solo punto, ma nel complesso delle motivazioni — anche un giudizio di inadeguatezza del risarcimento stabilito dalla Corte territoriale. E il giudizio rescissorio, infatti, dovrà stabilire la quantificazione — a mente delle motivazioni del Tribunale di Catania, che la Cassazione definisce «più accorte e approfondite» — non unicamente tenendo a riferimento le quantificazioni operate dalla Corte d'appello e dal Tribunale, ma valutando anche l'appello incidentale della parte che chiedeva di rivedere in aumento la liquidazione del Tribunale, perché ritenuta non sufficiente a ristorare il danno morale subito.

Non v'è dubbio che il sistema civilistico del risarcimento del danno sia costruito sulla funzione reintegratrice espressa dal *tantundem* e non su quella punitiva, ma per alcuni non sarebbe estraneo al

16 Corte costituzionale, sentenza del 23 maggio 1985, n. 161, in *Articolo29*, www.articolo29.it.

17 Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenza n. 16417/2007, cit..

18 Affermano i giudici che il requisito della gravità è senza dubbio rilevante ai fini della quantificazione del danno, come si desume, sia pur a contrario, dalle sentenze delle sezioni unite del 2008. Per una riflessione sull'identificazione del passaggio della sentenza del 2008 cui si allude e sul possibile significato del riferimento "a contrario", si veda F. Quarta, *Diritti inviolabili, gravità dell'offesa e rimedi civilistici*, in *Danno e responsabilità*, 2015, 5, pp. 513 ss. Allo scrivente sembra di poter confermare che la Corte abbia voluto fare riferimento al paragrafo 3.11, parte in diritto, della sentenza 26972, il cui concetto è poi ripetuto, sempre dalle Sezioni unite, nella successiva sentenza n. 18356 del 19 agosto 2009. Il ricorso all'avversativa ("e contrario") non è molto chiaro, sembrando invece che i giudici vogliano affermare che la gravità è al contempo condizione di risarcibilità della lesione dei diritti inviolabili e parametro di quantificazione del risarcimento.

sistema una funzione di deterrenza¹⁹, di cui però non sembrano esserci tracce nella giurisprudenza in tema di responsabilità aquiliana²⁰. Cionondimeno, nella sentenza in commento sembrano sentirsi echi proprio di tale ultima funzione, che ha ricadute pratico-applicative in punto di quantificazione del risarcimento²².

È possibile sostenere tale affermazione mettendo in luce almeno tre passaggi della sentenza.

Il primo è quello in cui si fa emergere la valenza discriminatoria dei comportamenti di «omofobia» — così si esprime la sentenza — messi in atto dalla pubblica amministrazione nei confronti del giovane. Omofobia è un sostantivo ormai diffuso nel linguaggio comune — più spesso utilizzato come aggettivo — che ricorre in molti documenti adottati con l'obiettivo di far emergere o combattere la discriminazione subita dalle persone omosessuali²³.

In generale, la parola omofobia è utilizzata per indicare l'insieme delle manifestazioni di rifiuto, disconoscimento ed ostilità nei confronti delle persone gay e lesbiche²⁴, mentre nello specifico dell'accezione utilizzata dalla Cassazione indica un comportamento di mancato riconoscimento del diritto al proprio orientamento sessuale, quale elemento dell'articolata identità sessuale e personale di ogni individuo. In questo senso i pregiudizi omofobici ledono la dignità come valore assoluto della persona protetto nell'articolo 2 della Costituzione e come valore garantito a livello sociale dall'articolo 3 della Costituzione.

Il riferimento all'omofobia, quindi, opera indirettamente un rinvio ai principi e alle norme del diritto antidiscriminatorio, che tutelano le persone omosessuali²⁵. Ad esempio, con riferimento al diritto del

- 19 E. Navarretta, *Il danno non patrimoniale: principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 273; G. Ponzanelli, *Diritti inviolabili, gravità dell'offesa e rimedi civilistici*, in *Danno e responsabilità*, 2015, 5, pp. 520 ss..
- 20 In verità è qui possibile richiamare la risalente Corte costituzionale, sentenza del 14 luglio 1986, n. 184. Si tratta di una pronuncia che ancora negava la risarcibilità del danno non patrimoniale quando non fosse derivante da reato, ma è di assoluto interesse l'osservazione recata al paragrafo 3 della parte in diritto: «che la responsabilità civile da atto illecito (è) in grado di provvedere non soltanto alla reintegrazione del patrimonio del danneggiato ma fra l'altro, a volte, anche ed almeno in parte, ad ulteriormente prevenire e sanzionare l'illecito, come avviene appunto per la riparazione dei danni non patrimoniali da reato. Accanto alla responsabilità penale (anzi, forse meglio, insieme ed "ulteriormente" alla pena pubblica) la responsabilità civile ben può assumere compiti preventivi e sanzionatori».
- 21 Un nuovo corso sembra essere stato avviato dalla novellata fattispecie di cui all'art. 96, comma 3, c.p.c. che in materia di lite temeraria ha attribuito al giudice poteri sanzionatori per frenare l'eccesso di litigiosità. Per un approfondimento si rinvia a E. Morano Cinque, *Promozione del giudizio per «motivi pretestuosi»: malafede processuale, abuso del processo e lite temeraria*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 4, 2015, pp. 1168 ss.
- 22 G. Buffone, *cit.*, pp. 1007 ss. Merita osservare che a differenza della maggior parte dei paesi dell'Unione europea, in Italia l'orientamento omosessuale continua ad essere escluso dal numero delle condizioni personali, come la religione di appartenenza o la lingua, che trovano una specifica protezione penale rispetto ai discorsi d'odio ex Legge 13 ottobre 1975, n. 654 e decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205. In tale situazione, l'assenza della deterrenza esercitata dal diritto penale, in alcuni casi potrebbe trovare una mitigazione attraverso il ricorso ai rimedi civilistici. Il risarcimento del danno non patrimoniale, infatti, pur nei limiti della sua funzione riparatoria, può diventare esemplare nel prevenire simili condotte antigiuridiche che ledono la dignità delle persone omosessuali.
- 23 Per citare solo i principali tra i più recenti: Risoluzione A/HRC/27/32 del Consiglio per i Diritti Umani delle Nazioni Unite, *Diritti umani, orientamento sessuale e identità di genere*, 26 settembre 2014; Risoluzione A7-0009/2014 del Parlamento europeo, *Roadmap dell'Unione europea contro l'omofobia e la discriminazione in base all'orientamento sessuale e all'identità di genere*, 4 febbraio 2014; Raccomandazione CM/Rec(2010)5 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, *Misure per combattere la discriminazione in base all'orientamento sessuale e all'identità di genere*, 31 marzo 2010; Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, *Programma statistico 2011-2013. Aggiornamento 2012-2013*, 20 aprile 2012.
- 24 Una definizione puntuale di omofobia è riportata in V. Lingiardi, *Citizen gay. Affetti e diritti*, Milano, Il Saggiatore, 2012, p. 160, che così la descrive: «disagio, svalutazione e avversione, su base psicologico-individuale e/o ideologico-collettiva, nei confronti delle persone omosessuali e dell'omosessualità stessa. Sistema di credenze e stereotipi che mantiene giustificabile e plausibile la discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale. Uso di un linguaggio o slang offensivi per le persone gay/lesbiche».
- 25 Il primo atto avente forza di legge del legislatore italiano in cui ricorre l'orientamento sessuale delle persone quale fattore protetto da discriminazione è il decreto legislativo 216 del 2003, con il quale l'Italia ha recepito la Direttiva 76/2000/CE, in materia di divieto di discriminazione in materia di lavoro.

Tuttavia, la protezione dell'orientamento sessuale (e nello specifico di quello omosessuale) nel nostro ordinamento è da farsi risalire ad almeno un lustro precedente, quando nel Trattato di Amsterdam del 1998 comparve per la prima volta all'articolo 13 il principio generale della non discriminazione di una persona sulla base del proprio orientamento sessuale. Ad esso fece riferimento la Corte di giustizia dell'Unione europea (allora Corte di Giustizia delle Comunità europee) nel caso *Grant v. South West Trains Ltd* (1998), ancora prima che il Trattato entrasse in vigore, evidenziando una possibile soluzione positiva del caso, se la disposizione fosse stata già applicabile.

lavoro, la Corte d'appello di Brescia, sulla scorta della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, ha ribadito che le sanzioni applicabili alle violazioni delle norme nazionali di attuazione delle direttive antidiscriminatorie devono essere effettive, proporzionate e dissuasive²⁶.

Tale ultimo richiamo è collegabile al secondo rilevante passaggio della sentenza nel quale la Corte di cassazione richiama un proprio precedente in materia penale, relativo alla portata lesiva del termine "frocio". In tale sentenza viene respinta — proprio come nel caso in commento — la «edulcorazione» operata dai giudici di merito della «portata lesiva della frase pronunciata, contravvenendo patentemente alla logica ed alla sensibilità sociale, che ravvisa nel termine "frocio" un chiaro intento di derisione e di scherno, espresso in forma graffiante»²⁷. Ancora una volta la Cassazione ricorda la necessità di una effettiva e realmente afflittiva tutela repressiva in caso di ingiurie che colpiscano l'identità sessuale della vittima.

Il terzo e ultimo passaggio è il richiamo alla Corte europea dei diritti umani, nella cui giurisprudenza la Corte di cassazione individua un percorso che ha enucleato e attribuito «indiscussa tutela» al diritto al proprio orientamento sessuale «nelle sue tre componenti della condotta, dell'inclinazione e della comunicazione (cd. *coming out*)»²⁸. Tale riferimento allo spazio giuridico comune del Consiglio d'Europa esprime compiutamente l'idea della preminenza dei diritti fondamentali e del ruolo della giurisdizione nel far sviluppare le nostre categorie giuridiche verso un sistema che garantisca sempre e pienamente la dignità dell'essere umano²⁹.

In conclusione, il forte disvalore sociale delle condotte oggetto della sentenza ha portato i giudici della terza sezione della Cassazione a fare una concisa ricostruzione della tutelata integrale che la Costituzione riserva alle persone omosessuali nella prospettiva della realizzazione personale e sociale. L'oggetto del ricorso, però, era limitato alla contraddittorietà e alla insufficienza della motivazione in ordine alla quantificazione del danno. Dunque, dall'accoglimento del ricorso si evince che i giudici di legittimità abbiano espresso prima di tutto un giudizio di inadeguatezza del risarcimento riconosciuto dalla Corte d'appello. Una volta in più la sentenza in commento sollecita una riflessione — soprattutto

La prima Carta dei diritti fondamentali a contenere testualmente il divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale è stata la Carta di Nizza, sebbene la codificazione della protezione di tale caratteristica personale sia da farsi risalire alla Corte Edu.

La mancanza di un riferimento espresso all'orientamento sessuale nella Costituzione italiana, così come nella Convenzione europea dei diritti umani, carte che risalgono alla prima metà del secolo scorso, è legata alla lenta emersione nella coscienza giuridica europea della necessità di garantire i diritti delle persone lesbiche e gay, partendo da un contesto nel quale — nella prima metà del secolo scorso — ancora sopravvivevano la condanna penale delle condotte omosessuali e certamente la condanna morale e sociale delle persone con orientamento omosessuale.

- 26 Corte d'appello di Brescia, sezione lavoro, sentenza dell'11 dicembre 2014 in *Articolo29*, www.articolo29.it; Corte di giustizia Ue, 10 luglio 2008, causa C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding* contro *Firma Feryn NV*, paragrafi 35 ss.; Corte di giustizia Ue, 25 aprile 2013, causa C-81/12, *Asociația Accept* contro *Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, paragrafo 61, in *Articolo29*, www.articolo29.it.
- 27 Corte di cassazione, quinta sezione penale, sentenza del 22 giugno 2006 n. 24513; si vedano anche Tribunale di Milano, prima sezione civile, sentenza del 13 ottobre 2011; Tribunale di Reggio Calabria, prima sezione penale, sentenza del 18 luglio 2008 n. 1655, con nota di M. Potè, *Serve un intervento normativo ad hoc vista l'inapplicabilità della legge Mancino*, in *Responsabilità e risarcimento*, 2008, p. 38.
- 28 La sentenza ha voluto sintetizzare il percorso giurisprudenziale della Corte Edu citando unicamente il caso più risalente: Corte Edu, decisione del 22 ottobre 1981, *Dudgeon c. Regno Unito*, in *Articolo29*, www.articolo29.it.
- 29 G. Santacroce, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2013*, 24 giugno 2014, p. 23: «Per molto tempo i diritti fondamentali — come ha fatto notare Stefano Rodotà — sono stati trattati in maniera indiretta, nel bozzolo di una pervasiva dimensione economica e sono apparsi perciò come una semplice variabile dipendente dell'economia. Ma una volta entrati a far parte del patrimonio giuridico europeo, era inevitabile che il procedere di ciascun Stato membro verso una vera unione politica dovesse far emergere che non può esistere solo un'efficiente "Europa dei mercati", ma a essa deve accompagnarsi anche una forte "Europa dei diritti" e che solo l'esplicita acquisizione e proclamazione di questi diritti poteva e può dare all'Unione europea la sua piena legittimazione democratica e la sua supremazia istituzionale. Non va dimenticato che l'incorporazione dei diritti fondamentali nel diritto dell'Unione europea ha preso avvio in sede giurisdizionale con la pronuncia Stauder (12 novembre 1969, causa 29/69) ed è stata portata a compimento dalla Corte di Lussemburgo, come Corte di giustizia europea, che se ne è fatta garante, affermando che la loro salvaguardia, pur informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, deve essere assicurata entro l'ambito della struttura e delle finalità della comunità. Nel tempo — basti pensare alle pronunce *Schmidberger* (12 giugno 2003, causa C-112/00) e *Omega* (14 giugno 2004, causa C-36/02) — la Corte di Lussemburgo ha spostato l'asse dei suoi interventi dal piano economico a quello dei diritti umani, ponendo la dignità umana al centro del sistema giuridico fondato sui Trattati: a conferma e riprova dell'insufficienza e dell'erroneità di una lettura meramente economica dell'esperienza e della storia, che esclude dal palcoscenico il legittimo protagonista, che resta l'uomo con i suoi inviolabili diritti che lo costituiscono come "persona" nello Stato, nella società e nella vita pulsante delle comunità intermedie. È la persona, sono i suoi diritti fondamentali, il metro di misura dell'effettività della giurisdizione».

in dottrina — circa le funzioni del risarcimento del danno morale, tra cui quella punitiva, che, ancora negata in teoria, nella pratica costituisce uno strumento giuridicamente e socialmente utile in casi come quello analizzato.

*Osservatorio
documenti*

Italia, Disegno di Legge n. 2081, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, XVII Legislatura, presentato il 6 ottobre 2015.

CAPO I DELLE UNIONI CIVILI

Art. 1. (Finalità)

1. Le disposizioni del presente Capo istituiscono l'unione civile tra persone dello stesso sesso quale specifica formazione sociale.

Art. 2. (Costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso)

1. Due persone maggiorenni dello stesso sesso costituiscono un'unione civile mediante dichiarazione di fronte all'ufficiale di stato civile ed alla presenza di due testimoni.
2. L'ufficiale di stato civile provvede alla registrazione degli atti di unione civile tra persone dello stesso sesso nell'archivio dello stato civile.
3. Sono cause impeditive per la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso:
 - a) la sussistenza, per una delle parti, di un vincolo matrimoniale o di un'unione civile tra persone dello stesso sesso;
 - b) l'interdizione di una delle parti per infermità di mente; se l'istanza d'interdizione è soltanto promossa, il pubblico ministero può chiedere che si sospenda il procedimento di costituzione dell'unione civile; in tal caso il procedimento non può aver luogo finché la sentenza che ha pronunciato sull'istanza non sia passata in giudicato;
 - c) la sussistenza tra le parti dei rapporti di cui all'articolo 87, primo comma, del codice civile; non possono altresì contrarre unione civile tra persone dello stesso sesso lo zio e il nipote e la zia e la nipote; si applicano le disposizioni di cui al medesimo articolo 87;
 - d) la condanna definitiva di un contraente per omicidio consumato o tentato nei confronti di chi sia coniugato o unito civilmente con l'altra parte; se è stato disposto soltanto rinvio a giudizio ovvero sentenza di condanna di primo o secondo grado ovvero una misura cautelare, la procedura per la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso è sospesa sino a quando non è pronunciata sentenza di proscioglimento.
4. La sussistenza di una delle cause impeditive di cui al presente articolo comporta la nullità dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. All'unione civile tra persone dello stesso sesso si applicano gli articoli 65 e 68 nonché le disposizioni della sezione VI del capo III del titolo VI del libro primo del codice civile.
5. L'unione civile tra persone dello stesso sesso è certificata dal relativo documento attestante la costituzione dell'unione, che deve contenere i dati anagrafici delle parti, l'indicazione del loro regime patrimoniale e della loro residenza, oltre ai dati anagrafici e la residenza dei testimoni.
6. Mediante dichiarazione all'ufficiale di stato civile le parti possono stabilire di assumere un cognome comune scegliendolo tra i loro cognomi. La parte può anteporre o posporre al cognome comune il proprio cognome, se diverso, facendone dichiarazione all'ufficiale di stato civile.

Art. 3. (Diritti e doveri derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso)

1. Con la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso le parti acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri; dall'unione civile deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale e alla coabitazione. Entrambe le parti sono tenute, ciascuna in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni comuni.
2. Le parti concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza comune; a ciascuna delle parti spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato.
3. All'unione civile tra persone dello stesso sesso si applicano le disposizioni di cui alle sezioni II, III, IV, V e VI del capo VI del titolo VI e al titolo XIII del libro primo del codice civile nonché gli articoli 116, primo comma, 146, 159, 160, 162, 163, 164, 166, 166-bis, 342-bis, 342-ter, 408, 410, 417, 426, 429, 1436, 2122, 2647, 2653, primo comma, numero 4), 2659 e 2941, numero 1), del codice civile.
4. Le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge nonché alle disposizioni di cui al Titolo II della legge 4 maggio 1983, n. 184.

Art. 4. (Diritti successori)

1. Alle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso si applicano le disposizioni previste dal capo III e dal capo X del titolo I, dal titolo II e dal capo II e dal capo V-bis del titolo IV del libro secondo del codice civile.

Art. 5. (Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184)

1. All'articolo 44, comma 1, lettera b), della legge 4 maggio 1983, n. 184, dopo la parola: «coniuge» sono inserite le seguenti: «o dalla parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso» e dopo le parole: «e dell'altro coniuge» sono aggiunte le seguenti: «o dell'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso».

Art. 6. (Scioglimento dell'unione civile tra persone dello stesso sesso)

1. All'unione civile tra persone dello stesso sesso si applicano le disposizioni di cui al capo V del titolo VI del libro primo del codice civile, alla legge 1° dicembre 1970, n. 898, nonché le disposizioni di cui al titolo II del libro quarto del codice di procedura civile ed agli articoli 6 e 12 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162.
2. La sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso determina lo scioglimento dell'unione civile fra persone dello stesso sesso.

Art. 7. (Costituzione dell'unione civile in caso di scioglimento automatico del matrimonio)

1. Alla rettificazione anagrafica di sesso, ove i coniugi abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non cessarne gli effetti civili, consegue l'automatica instaurazione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso.

Art. 8. (Delega al Governo per l'ulteriore regolamentazione dell'unione civile)

1. Fatte salve le disposizioni di cui alla presente legge, il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di unione civile fra persone dello stesso sesso nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:
 - a) adeguamento alle previsioni della presente legge delle disposizioni dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni;
 - b) modifica e riordino delle norme in materia di diritto internazionale privato, prevedendo l'applicazione della disciplina dell'unione civile tra persone dello stesso sesso regolata dalle leggi italiane alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all'estero matrimonio, unione civile o altro istituto analogo;
 - c) modificazioni ed integrazioni normative per il necessario coordinamento con la presente legge delle disposizioni contenute nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti e nei decreti.

2. I decreti legislativi di cui al comma 1 sono adottati su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, del Ministro della giustizia e del Ministro dell'interno, di con certo con il Ministro per le riforme costituzionali e per i rapporti con il Parlamento e con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali.
3. Ciascuno schema di decreto legislativo, a seguito della deliberazione del Consiglio dei ministri, è trasmesso alla Camera dei deputati e al Senato della Repubblica perché su di esso siano espressi, entro sessanta giorni dalla trasmissione, i pareri delle Commissioni parlamentari competenti per materia.

Decorso tale termine il decreto è comunque adottato, anche in mancanza dei pareri.

Qualora il termine per l'espressione dei pareri parlamentari scada nei trenta giorni che precedono la scadenza del termine previsto dal comma 1, quest'ultimo termine è prorogato di tre mesi. Il Governo, qualora non intenda conformarsi ai pareri parlamentari, trasmette nuovamente i testi alle Camere con le sue osservazioni, con eventuali modificazioni, corredate dei necessari elementi integrativi di informazione e motivazione. I pareri definitivi delle Commissioni competenti per materia sono espressi entro il termine di dieci giorni dalla data della nuova trasmissione. Decorso tale termine, i decreti possono essere comunque adottati.

4. Entro due anni dalla data di entrata in vigore di ciascun decreto legislativo adottato ai sensi del comma 1, il Governo può adottare disposizioni integrative e correttive dei decreti medesimi, nel rispetto dei principi e criteri direttivi di cui al citato comma 1, con la procedura prevista nei commi 2 e 3.

Art. 9. (Modifica dell'articolo 86 del codice civile in materia di libertà di stato per contrarre matrimonio)

1. All'articolo 86 del codice civile, dopo le parole: «da un matrimonio» sono inserite le parole: «o da un'unione civile tra persone dello stesso sesso».

Art. 10. (Disposizioni finali e transitorie)

1. Le disposizioni del presente Capo acquistano efficacia a decorrere dalla data di entrata in vigore della presente legge.
2. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da emanare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono stabilite le disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio dello stato civile nelle more dell'entrata in vigore dei decreti legislativi adottati ai sensi dell'articolo 8, comma 1, lettera a).

CAPO II DELLA DISCIPLINA DELLA CONVIVENZA

Art. 11. (Della convivenza di fatto)

1. Ai fini delle disposizioni del presente Capo si intendono per: «conviventi di fatto» due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile.
2. Per l'individuazione dell'inizio della stabile convivenza trovano applicazione gli articoli 4 e 33 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223.

Art. 12. (Reciproca assistenza)

1. I conviventi di fatto hanno gli stessi diritti spettanti al coniuge nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario.
2. In caso di malattia o di ricovero, i conviventi di fatto hanno diritto reciproco di visita, di assistenza nonché di accesso alle informazioni personali, secondo le regole di organizzazione delle strutture ospedaliere o di assistenza pubbliche, private o convenzionate, previste per i coniugi e i familiari.
3. Ciascun convivente di fatto può designare l'altro quale suo rappresentante con poteri pieni o limitati:
 - a) in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di volere, per le decisioni in materia di salute;
 - b) in caso di morte, per quanto riguarda la donazione di organi, le modalità di trattamento del corpo e le celebrazioni funerarie.
4. La designazione di cui al comma 3 è effettuata in forma scritta e autografa oppure, in caso di impossibilità di redigerla, alla presenza di un testimone.

Art. 13. (Permanenza nella casa di comune residenza e successione nel contratto di locazione)

1. Salvo quanto previsto dall'articolo 155-*quater* del codice civile, in caso di morte del proprietario della casa di comune residenza il convivente di fatto superstite ha diritto di continuare ad abitare nella stessa per due anni o per un periodo pari alla convivenza se superiore a due anni e comunque non oltre i cinque anni. Ove nella stessa coabitino figli minori o figli disabili del convivente superstite, il medesimo ha diritto di continuare ad abitare nella casa di comune residenza per un periodo non inferiore a tre anni.
2. Il diritto di cui al comma 1 viene meno nel caso in cui il convivente superstite cessi di abitare stabilmente nella casa di comune residenza o in caso di matrimonio, di unione civile o di nuova convivenza di fatto.
3. Nei casi di morte del conduttore o di suo recesso dal contratto di locazione della casa di comune residenza, il convivente di fatto ha facoltà di succedergli nel contratto.

Art. 14. (Inserimento nelle graduatorie per l'assegnazione di alloggi di edilizia popolare)

1. Nel caso in cui l'appartenenza ad un nucleo familiare costituisca titolo o causa di preferenza nelle graduatorie per l'assegnazione di alloggi di edilizia popolare, di tale titolo o causa di preferenza possono godere, a parità di condizioni, i conviventi di fatto.

Art. 15. (Obbligo di mantenimento o alimentare)

1. In caso di cessazione della convivenza di fatto, ove ricorrano i presupposti di cui all'articolo 156 del codice civile, il giudice stabilisce il diritto del convivente di ricevere dall'altro convivente quanto necessario per il suo mantenimento per un periodo determinato in proporzione alla durata della convivenza.
2. In caso di cessazione della convivenza di fatto, ove ricorrano i presupposti di cui all'articolo 438, primo comma, del codice civile, il giudice stabilisce il diritto del convivente di ricevere dall'altro convivente gli alimenti per un periodo determinato in proporzione alla durata della convivenza.

Art. 16. (Diritti nell'attività di impresa)

1. Nella sezione VI del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile, dopo l'articolo 230-*bis* è aggiunto il seguente:
«Art. 230-*ter*. – (Diritti del convivente). – Al convivente di fatto che presti stabilmente la propria opera all'interno dell'impresa dell'altro convivente spetta una partecipazione agli utili dell'impresa familiare ed ai beni acquistati con essi nonché agli incrementi dell'azienda, anche in ordine all'avviamento, commisurata al lavoro prestato. Il diritto di partecipazione non spetta qualora tra i conviventi esista un rapporto di società o di lavoro subordinato».

Art. 17. (Forma della domanda di interdizione e di inabilitazione)

1. All'articolo 712, secondo comma, del codice di procedura civile, dopo le parole: «del coniuge» sono inserite le seguenti: «o del convivente di fatto».
2. Il convivente di fatto può essere nominato tutore, curatore o amministratore di sostegno, qualora l'altra parte sia dichiarata interdetta o inabilitata ai sensi delle norme vigenti ovvero ricorrano i presupposti di cui all'articolo 404 del codice civile.

Art. 18. (Risarcimento del danno causato da fatto illecito da cui è derivata la morte di una delle parti del contratto di convivenza)

1. In caso di decesso del convivente di fatto, derivante da fatto illecito di un terzo, nell'individuazione del danno risarcibile alla parte superstite si applicano i medesimi criteri individuati per il risarcimento del danno al coniuge superstite.

Art. 19. (Contratto di convivenza)

1. I conviventi di fatto possono disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune con la stipula di un contratto di convivenza nel quale possono altresì fissare la comune residenza.
2. Il contratto di convivenza, le sue successive modifiche e il suo scioglimento sono redatti in forma scritta, a pena di nullità, e ricevuti da un notaio in forma pubblica.

3. Ai fini dell'opponibilità ai terzi, il notaio che ha ricevuto l'atto in forma pubblica o che ne ha autenticato le sottoscrizioni deve provvedere entro i successivi dieci giorni a trasmetterne copia al comune di residenza dei conviventi per l'iscrizione all'anagrafe ai sensi degli articoli 5 e 7 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223.
4. Il contratto può prevedere:
 - a) le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo;
 - b) il regime patrimoniale della comunione dei beni, di cui alla sezione III del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile;
5. Il regime patrimoniale scelto nel contratto di convivenza può essere modificato in qualunque momento nel corso della convivenza con le modalità di cui al comma 2.
6. Il trattamento dei dati personali contenuti nelle certificazioni anagrafiche deve avvenire conformemente alla normativa prevista dal codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, garantendo il rispetto della dignità degli appartenenti al contratto di convivenza. I dati personali contenuti nelle certificazioni anagrafiche non possono costituire elemento di discriminazione a carico delle parti del contratto di convivenza.
7. Il contratto di convivenza non può essere sottoposto a termine o condizione. Nel caso in cui le parti inseriscano termini o condizioni, questi si hanno per non apposti.

Art. 20. (Cause di nullità)

1. Il contratto di convivenza è affetto da nullità insanabile che può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse se concluso:
 - a) in presenza di un vincolo matrimoniale, di un'unione civile o di un altro contratto di convivenza;
 - b) in violazione del comma 1 dell'articolo 11;
 - c) da persona minore di età salvi i casi di autorizzazione del tribunale ai sensi dell'articolo 84 del codice civile;
 - d) da persona interdetta giudizialmente;
 - e) in caso di condanna per il delitto di cui all'articolo 88 del codice civile.
2. Gli effetti del contratto di convivenza restano sospesi in pendenza del procedimento di interdizione giudiziale o nel caso di rinvio a giudizio o di misura cautelare disposti per il delitto di cui all'articolo 88 del codice civile, fino a quando non sia pronunciata sentenza di proscioglimento.

Art. 21. (Risoluzione del contratto di convivenza)

1. Il contratto di convivenza si risolve per:
 - a) accordo delle parti;
 - b) recesso unilaterale;
 - c) matrimonio o unione civile tra i conviventi o tra un convivente ed altra persona;
 - d) morte di uno dei contraenti.
2. La risoluzione per accordo delle parti o per recesso unilaterale deve essere redatta nelle forme di cui al comma 2 dell'articolo 19.
3. Nel caso di recesso unilaterale da un contratto di convivenza il notaio che riceve o che autentica l'atto è tenuto, oltre che agli adempimenti di cui all'articolo 19, comma 3, a notificarne copia all'altro contraente all'indirizzo indicato dal recedente o risultante dal contratto. Nel caso in cui la casa familiare sia nella disponibilità esclusiva del recedente, la dichiarazione di recesso, a pena di nullità, deve contenere il termine, non inferiore a novanta giorni, concesso al convivente per lasciare l'abitazione.
4. Nel caso di cui alla lettera c) del comma 1, il contraente che ha contratto matrimonio o unione civile deve notificare all'altro contraente, nonché al notaio che ha ricevuto il contratto di convivenza, l'estratto di matrimonio o di unione civile.
5. Nel caso di cui alla lettera d) del comma 1, il contraente superstite o gli eredi del contraente deceduto devono notificare al notaio l'estratto dell'atto di morte affinché provveda ad annotare a margine del contratto di convivenza l'avvenuta risoluzione del contratto e a notificarlo all'anagrafe del comune di residenza.

Art. 22. (Norme applicabili)

1. Dopo l'articolo 30 della legge 31 maggio 1995, n. 218, è inserito il seguente: «Art. 30-*bis*. – (Contratti di convivenza). – 1. Ai contratti di convivenza disciplinati dal Capo II della legge recante regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze si applica la legge nazionale comune dei contraenti. Ai contraenti di diversa cittadinanza si applica la legge del luogo di registrazione della convivenza.
2. Ai contratti di convivenza tra cittadini italiani oppure ai quali partecipa un cittadino italiano, ovunque siano stati stipulati, si applicano le disposizioni della legge italiana vigenti in materia.
3. Sono fatte salve le norme nazionali, internazionali ed europee che regolano il caso di cittadinanza plurima».

omissis

Malta, *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act*, approvata il 14 aprile 2015.

To provide for the recognition and registration of the gender of a person and to regulate the effects of such a change, as well as the recognition and protection of the sex characteristics of a person.

omissis

2. In this Act, unless the context otherwise requires:
 - “Director” means the Director for Public Registry;
 - “gender expression” refers to each person’s manifestation of their gender identity, and/or the one that is perceived by others;
 - “gender identity” refers to each person’s internal and individual experience of gender, which may or may not correspond with the sex assigned at birth, including the personal sense of the body (which may involve, if freely chosen, modification of bodily appearance and/or functions by medical, surgical or other means) and other expressions of gender, including name, dress, speech and mannerisms;
 - “gender marker” refers to the identifier which classifies persons within a particular sex category;
 - “interdisciplinary team” refers to the team established by article 14;
 - “Minister” means the Minister responsible for equality;
 - “minor” means a person who has not as yet attained the age of eighteen years;
 - “Notary” means a person holding a warrant to practise as a Notary Public in Malta in accordance with the Notarial Profession and Notarial Archives Act; and
 - “sex characteristics” refers to the chromosomal, gonadal and anatomical features of a person, which include primary characteristics such as reproductive organs and genitalia and/or in chromosomal structures and hormones; and secondary characteristics such as muscle mass, hair distribution, breasts and/or structure.
 3. (1) All persons being citizens of Malta have the right to -
 - (a) the recognition of their gender identity;
 - (b) the free development of their person according to their gender identity;
 - (c) be treated according to their gender identity and, particularly, to be identified in that way in the documents providing their identity therein; and
 - (d) bodily integrity and physical autonomy.
 (2) Without prejudice to any provision of this Act -
 - (a) a person’s rights, relationship and obligations arising out of parenthood or marriage shall in no way be affected;
 - (b) the person’s rights arising out of succession, including but not limited to any testamentary dispositions made in one’s favour, and any obligations and, or rights subjected to or acquired prior to the date of change of gender identity shall in no way be affected; and
 - (c) any personal or real right already acquired by third parties or any privilege or hypothecary right of a creditor acquired before the change in the gender identity of the person shall in no way be affected.
 (3) The gender identity of the individual shall be respected at all times.
 - (4) The person shall not be required to provide proof of a surgical procedure for total or partial genital reassignment, hormonal therapies or any other psychiatric, psychological or medical treatment to make use of the right to gender identity.
4. (1) It shall be the right of every person who is a Maltese citizen to request the Director to change the recorded gender and, or first name, if the person so wishes to change the first name, in order to reflect that person’s self-determined gender identity.

(2) The request shall be made by means of a note of registration published in accordance with article 5(3).

(3) The Director shall not require any other evidence other than the declaratory public deed published in accordance with article 5.

(4) The Director shall within fifteen days from the filing of the note of enrolment by the Notary at the public registry, enter a note in the act of birth of the applicant.

(5) The provisions of article 249 of the Civil Code shall *mutatis mutandis* apply.

(6) (a) The person who made a request in accordance with sub-article (1) shall also be entitled to demand that a full certificate of the act of birth showing the particulars resulting from the annotations be issued to them so however that there shall be indicated on such certificates the annotations that have been made upon it by virtue of a decree of a court or in terms of the procedure established under this Act without the details of the said annotations being specified.

(b) Every person who has made use of the procedure in accordance with article 257 of the Civil Code and to whom a birth certificate has been issued in accordance with article 257C of the said Code shall be entitled also to demand the issue of his or her complete birth certificate which results from these annotations and there shall be indicated on the same certificate the annotations that were made by virtue of the court judgment given in accordance with the provisions of article 257 of the said Code, without the details of the specific annotations.

(c) A person whose request to the Court of Revision of Notarial Acts, for a correction in the name and gender assigned to them in their act of birth, shall be entitled to demand that a full certificate of their act of birth showing the particulars resulting from the annotations be issued to them so however that there shall be indicated on such certificate that annotations have been made upon it by virtue of a decree of a court without the details of the said annotations being specified.

(d) Within seven days from receipt of a request made for the issue of a birth certificate drawn up in accordance with this article, the Director shall not give any information contained in the register indicating the original act of birth except insofar as provided in this article.

(7) The said information or copy of the original act of birth may be given:

(a) with the consent of the person to whom the certificate refers; or

(b) when there is no such consent, upon an order of the Court (Voluntary Jurisdiction Section) or of another Court taking cognizance of a cause where the necessity of the presentation of that certificate or information arises, where the Court is satisfied that the issuing of the said certificate or information is necessary to defend or safeguard a right or a legitimate interest of the person making the demand which, after taking into consideration all relevant circumstances, the court's considerations should prevail over the right to privacy of the person to whom the certificate refers

(8) A person who was granted international protection in terms of the Refugees Act, and in terms of any other subsidiary legislation issued under the Refugees Act, and who wants to change the recorded gender and first name, if the person so wishes to change the first name, shall make a declaration confirmed on oath before the Commissioner for Refugees declaring the person's self-determined gender and first name. The Commissioner for Refugees shall record such amendment in their asylum application form and protection certificate within fifteen days.

- 4A.** (1) The Court which would have issued the court decree of adoption may, on an application of an adopting person in the case of a minor or an adopted person, amend the decree by changing the gender of the person and the first name if the person chooses to change his first name; and when such decree is so amended, the Court Registrar shall see that the amendment is communicated to the Director within fifteen days from the delivery of such decree; and every correction or addition in the Register of Adopted Persons or the deletion of the registration marker on the register of acts of birth or the Register of Adopted Persons that is needed shall be made in that manner:

Provided that before the end of the fifteen days from the award of the amending decree, the adopted person shall make a public declaratory act in accordance with article 5 that reflects the changes ordered in the Court decree.

(2) When the adoption decree is amended every authenticated copy of the relative registration in the Register of Adopted Persons that can be issued by virtue of article 269(5) of the Civil Code shall be a copy of the registration so amended, without the reproduction of any note or marker of the amendment or something which has been deleted by virtue of such power; and every authentic copy of registration in any registry that is a registration the marker of which has been deleted shall be considered as an exact copy only if the marker and also the deletion are not shown therein.

- 5.** (1) The drawing up of the declaratory public deed shall contain the following elements:

(a) a copy of the act of birth of the applicant;

- (b) a clear, unequivocal and informed declaration by the applicant that one's gender identity does not correspond to the assigned sex in the act of birth;
 - (c) a specification of the gender particulars;
 - (d) the first name with which the applicant wants to be registered; and
 - (e) all the prescribed elements required in accordance with the Notarial Profession and Notarial Archives Act.
 - (2) The Notary shall not request any psychiatric, psychological or medical documents for the drawing up of the declaratory public deed.
 - (3) Every Notary receiving such an act must deliver to the Director a note in accordance with article 50 of the Notarial Profession and Notarial Archives Act.
6. The date of entry of the note by the Director in accordance with sub-article (4) of article 4 shall be considered, for all purposes of the law, as the effective date from when the person is considered to belong to the gender indicated in the note.
7. (1) The persons exercising parental authority over the minor or the tutor of the minor may file an application in the registry of the Civil Court (Voluntary Jurisdiction Section) requesting the Court to change the recorded gender and first name of the minor in order to reflect the minor's gender identity.
- (2) When an application under sub-article (1) is made on behalf of a minor, the Court shall:
- (a) ensure that the best interests of the child as expressed in the Convention on the Rights of the Child be the paramount consideration; and
 - (b) give due weight to the views of the minor having regard to the minor's age and maturity.
- (3) If the Court accedes to the request made in accordance with sub-article (1), the Court shall order the Director to change the recorded gender and first name of the minor in the act of birth of the minor.
- (4) The persons exercising parental authority over the minor or the tutor of the minor whose gender has not been declared at birth, shall before the minor attains the age of eighteen, file an application in the registry of the Civil Court (Voluntary Jurisdiction Section) in order to declare the gender and the first name of the minor, if the minor wants to change the first name, and following the express consent of the minor, taking into consideration the evolving capacities and the best interests of the minor. The Civil Court (Voluntary Jurisdiction Section) shall order the Director to record the gender and first name of the minor in the act of birth of the minor.
8. (1) Accessibility to the full act of birth shall be limited solely and exclusively to the person who has attained the age of eighteen years and to whom that act of birth relates or by a court order.
- (2) An amendment to the act of birth made in terms of this Act by a person who is not at the time a minor, once completed, can only be modified again by a court order.
9. (1) A final decision about a person's gender identity, which has been determined by a competent foreign court or responsible authority acting in accordance with the law of that country, shall be recognized in Malta.
- (2) A gender marker other than male or female, or the absence thereof, recognised by a competent foreign court or responsible authority acting in accordance with the law of that country is recognised in Malta.
10. (1) A person shall, not later than one month from the publication of the declaratory deed, indicate to the Director the acts of civil status, other than the act of birth, which need to be amended:
- Provided that the person shall be entitled to demand to be given the complete certificate of the civil status acts resulting from these annotations and there shall be indicated on the same acts the annotations made by virtue of this Act, without the details of the specific annotations.
- (2) A person, in respect of whom an amendment to the act of birth has been made in accordance with the provisions of this Act shall, within fifteen days from the date specified in article 6, request the authorised officers in terms of the Identity Card and other Identity Documents Act to amend the identity card and other identification documents of the person and to issue a new identity card and other identification documents indicating the gender and the first name of the person reflecting the amendment made in the act of birth of the person.
- (3) A person may also, on the payment of such fee as may be prescribed, request any other competent authority, department, employer, educational or other institution to issue any official document or certificate relative to them indicating the change in gender and first name of the person.

11. (1) Whosoever shall knowingly expose any person who has availed of the provisions of this Act, or shall insult or revile a person, shall upon conviction be liable to a fine (*multa*) of not less than one thousand euro (€1,000) and not exceeding five thousand euro (€5,000).
 (2) Saving the provisions of article 83B of the Criminal Code, when an offence is motivated by gender expression and sex characteristics, the punishment shall be that laid down in the said article.
 (3) Whosoever knowingly violates any of the provisions of this Act, shall upon conviction be liable to a fine (*multa*) of not less than five hundred euro (€500) and not exceeding one thousand euro (€1,000).
12. A person who in the course of the discharge of official duties was involved with a matter relating to this Act, shall not disclose such matter in accordance with the Professional Secrecy Act and the Data Protection Act:
 Provided that the copies of the public deed referred to in article 5 published in terms of the Notarial Profession and Notarial Archives Act shall not be deemed to have been issued in violation of this article.
13. (1) Every norm, regulation or procedure shall respect the right to gender identity. No norm or regulation or procedure may limit, restrict, or annul the exercise of the right to gender identity, and all norms must always be interpreted and enforced in a manner that favours access to this right.
 (2) The public service has the duty to ensure that unlawful sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics discrimination and harassment are eliminated, whilst its services must promote equality of opportunity to all, irrespective of sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics.
 (3) The provisions of this Act shall apply to the private sector, all public sector and public service departments, agencies and all competent authorities that maintain personal records and, or collect gender information. Such forms, records and or information shall be assessed and modified to reflect the new standards established by this Act within a maximum of three years from the date of entry into force of this Act.
14. (1) It shall be unlawful for medical practitioners or other professionals to conduct any sex assignment treatment and/or surgical intervention on the sex characteristics of a minor which treatment and/or intervention can be deferred until the person to be treated can provide informed consent:
 Provided that such sex assignment treatment and, or surgical intervention on the sex characteristics of the minor shall be conducted if the minor gives informed consent through the person exercising parental authority or the tutor of the minor.
 (2) In exceptional circumstances treatment may be effected once agreement is reached between the interdisciplinary team and the persons exercising parental authority or tutor of the minor who is still unable to provide consent:
 Provided that medical intervention which is driven by social factors without the consent of the minor, will be in violation of this Act.
 (3) The interdisciplinary team shall be appointed by the Minister for a period of three years which period may be renewed for another period of three years.
 (4) The interdisciplinary team shall be composed of those professionals whom the Minister considers as appropriate.
 (5) When the decision for treatment is being expressed by a minor with the consent of the persons exercising parental authority or the tutor of the minor, the medical professionals shall:
 - (a) ensure that the best interests of the child as expressed in the Convention on the Rights of the Child be the paramount consideration; and
 - (b) give weight to the views of the minor having regard to the minor's age and maturity.
15. All persons seeking psychosocial counselling, support and medical interventions relating to sex or gender should be given expert sensitive and individually tailored support by psychologists and medical practitioners or peer counselling. Such support should extend from the date of diagnosis or self-referral for as long as necessary.
16. (1) The Minister, after consulting the Minister responsible for health, shall appoint a working group.
 (2) The working group shall consist of a Chairperson and nine members.
 (3) The Chairperson shall be a medical doctor with at least twelve years-experience.
 (4) The members shall be three experts in human rights issues, three psychosocial professionals and three medical experts.
 (5) The Minister shall appoint the working group within three months of the entry into force of this Act.

(6) The members of the working group shall review the current medical treatment protocols in line with current medical best practices and human rights standards and shall, within one year from the date of their appointment, issue a report with recommendations for revision of the current medical treatment protocols.

omissis

*Osservatorio
decisioni*

Corte europea dei diritti dell’Uomo, 21 luglio 2015, *Oliari e altri c. Italia*, n. 18766/11 e 36030/11.

RELAZIONE TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO – DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA E DELLA VITA FAMILIARE – SPECIFICO CONTESTO SOCIALE E GIURIDICO – OBBLIGO DI INTRODUZIONE DI UN ISTITUTO GIURIDICO A TUTELA DELLA RELAZIONE TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO – SUSSISTENZA – DIRITTO CONVENZIONALE AL MATRIMONIO — INSUSSISTENZA

La mancata previsione da parte del legislatore di un istituto giuridico diverso dal matrimonio a tutela della relazione tra persone dello stesso sesso, visti i richiami delle più alte Corti e la diffusa accettazione sociale dell’orientamento omosessuale, comporta una violazione dell’articolo 8 della Convenzione europea dei diritti umani da parte dell’Italia poiché impedisce alle coppie dello stesso sesso di godere in modo effettivo del loro diritto alla vita privata e familiare.

Riferimenti normativi:
Artt. 8, 12 e 14 Cedu.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L’HOMME

FOURTH SECTION

omissis

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

omissis

The background to the case

1. Mr Oliari and Mr A.

10. In July 2008 these two applicants, who were in a committed stable relationship with each other, declared their intention to marry, and requested the Civil Status Office of the Trent Commune to issue the relevant marriage banns.
11. On 25 July 2008 their request was rejected.
12. The two applicants challenged the decision before the Trent Tribunal (in accordance with Article 98 of the Civil Code). They argued that Italian law did not explicitly prohibit marriage between persons of the same sex, and that, even if that were the case, such a position would be unconstitutional.
13. By a decision of 24 February 2009 the Trent Tribunal rejected their claim. It noted that the Constitution did not establish the requirements to contract marriage, but the Civil Code did and it precisely provided that one such requirement was that spouses be of the opposite sex. Thus, a marriage between persons of the same sex lacked one of the most essential requirements to render it a valid legal act, namely a difference in sex between the parties. In any event there was no fundamental right to marry, neither could the limited law provisions constitute discrimination, since the limitations suffered by the applicants were the same as those applied to everyone. Furthermore, it noted that European Union (“EU”) law left such rights to be regulated within the national order.
14. The applicants appealed to the Trent Court of Appeal. While the court reiterated the unanimous inter-

pretation given to Italian law in the field, namely to the effect that ordinary law, particularly the Civil Code, did not allow marriage between people of the same sex, it considered it relevant to make a referral to the Constitutional Court in connection with the claims of unconstitutionality of the law in force.

15. The Italian Constitutional Court in judgment no. 138 of 15 April 2010 declared inadmissible the applicants' constitutional challenge to Articles 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis and 231 of the Italian Civil Code, as it was directed to the obtainment of additional norms not provided for by the Constitution (*diretta ad ottenere una pronunzia additiva non costituzionalmente obbligata*).
16. The Constitutional Court considered Article 2 of the Italian Constitution, which provided that the Republic recognises and guarantees the inviolable rights of the person, as an individual and in social groups where personality is expressed, as well as the duties of political, economic and social solidarity against which there was no derogation. It noted that by social group one had to understand any form of community, simple or complex, intended to enable and encourage the free development of any individual by means of relationships. Such a notion included homosexual unions, understood as a stable cohabitation of two people of the same sex, who have a fundamental right to freely express their personality in a couple, obtaining – in time and by the means and limits to be set by law – juridical recognition of the relevant rights and duties. However, this recognition, which necessarily requires general legal regulation aimed at setting out the rights and duties of the partners in a couple, could be achieved in other ways apart from the institution of marriage between homosexuals. As shown by the different systems in Europe, the question of the type of recognition was left to regulation by Parliament, in the exercise of its full discretion. Nevertheless, the Constitutional Court clarified that without prejudice to Parliament's discretion, it could however intervene according to the principle of equality in specific situations related to a homosexual couple's fundamental rights, where the same treatment of married couples and homosexual couples was called for. The court would in such cases assess the reasonableness of the measures.
17. It went on to consider that it was true that the concepts of family and marriage could not be considered "crystallised" in reference to the moment when the Constitution came into effect, given that constitutional principles must be interpreted bearing in mind changes in the legal order and the evolution of society and its customs. Nevertheless, such an interpretation could not be extended to the point where it affected the very essence of legal norms, modifying them in such a way as to include phenomena and problems which had not been considered in any way when it was enacted. In fact it appeared from the preparatory work to the Constitution that the question of homosexual unions had not been debated by the assembly, despite the fact that homosexuality was not unknown. In drafting Article 29 of the Constitution, the assembly had discussed an institution with a precise form and an articulate discipline provided for by the Civil Code. Thus, in the absence of any such reference, it was inevitable to conclude that what had been considered was the notion of marriage as defined in the Civil Code, which came into effect in 1942 and which at the time, and still today, established that spouses had to be of the opposite sex. Therefore, the meaning of this constitutional precept could not be altered by a creative interpretation. In consequence, the constitutional norm did not extend to homosexual unions, and was intended to refer to marriage in its traditional sense.
18. Lastly, the court considered that, in respect of Article 3 of the Constitution regarding the principle of equality, the relevant legislation did not create unreasonable discrimination, given that homosexual unions could not be considered equivalent to marriage. Even Article 12 of the European Convention on Human Rights and Article 9 of the Charter of Fundamental Rights did not require full equality between homosexual unions and marriages between a man and a woman, as this was a matter of Parliamentary discretion to be regulated by national law, as evidenced by the different approaches existing in Europe.
19. In consequence of the above judgment, by a decision (*ordinanza*) lodged in the relevant registry on 21 September 2010 the Court of Appeal rejected the applicants' claims in full.

2. Mr Felicetti and Mr Zappa

20. In 2003 these two applicants met and entered into a relationship with each other. In 2004 Mr Felicetti decided to undertake further studies (and thus stopped earning any income), a possibility open to him thanks to the financial support of Mr Zappa.
21. On 1 July 2005 the couple moved in together. In 2005 and 2007 the applicants wrote to the President of the Republic highlighting difficulties encountered by same-sex couples and soliciting the enactment of legislation in favour of civil unions.
22. In 2008 the applicants' physical cohabitation was registered in the authorities' records. In 2009 they designated each other as guardians in the event of incapacitation (*amministratori di sostegno*).
23. On 19 February 2011 they requested their marriage banns to be issued. On 9 April 2011 their request was rejected on the basis of the law and jurisprudence pertaining to the subject matter (see Relevant domestic law below).
24. The two applicants did not pursue the remedy provided for under Article 98 of the Civil Code, in so far

as it could not be considered effective following the Constitutional Court pronouncement mentioned above.

3. Mr Perelli Cippo and Mr Zacheo

25. In 2002 these two applicants met and entered into a relationship with each other. In the same year they started cohabiting and since then they have been in a committed relationship.
26. In 2006 they opened a joint bank account.
27. In 2007 the applicants' physical cohabitation was registered in the authorities' records.
28. On 3 November 2009 they requested that their marriage banns be issued. The person in charge at the office did not request them to fill in the relevant application, simply attaching their request to a number of analogous requests made by other couples.
29. On 5 November 2009 their request was rejected on the basis of the law and jurisprudence pertaining to the subject matter (see Relevant domestic law below).
30. Mr Perelli Cippo and Mr Zacheo challenged the decision before the Milan Tribunal.
31. By a decision (decreto) of 9 June 2010 lodged in the relevant registry on 1 July 2010 the Milan Tribunal rejected their claim, considering that it was legitimate for the Civil Status Office to refuse a request to have marriage banns issued for the purposes of a marriage between persons of the same sex, in line with the finding of the Constitutional Court judgment no. 138 of 15 April 2010.
32. The applicants did not lodge a further challenge (*reclamo*) under Article 739 of the Code of Civil Procedure, in so far as it could not be considered effective following the Constitutional Court pronouncement.

omissis

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION AND ARTICLE 14 IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 8

99. The applicants in application no. 18766/11 complained that they had no means of legally safeguarding their relationship, in that it was impossible to enter into any type of civil union in Italy. They invoked Article 8 alone.

The applicants in application nos. 18766/11 and 36030/11 complained that they were being discriminated against in breach of Article 14 in conjunction with Article 8.

omissis

100. The Court reiterates that it is the master of the characterisation to be given in law to the facts of the case (see, for example, *Gatt*, cited above, § 19). In the present case the Court considers that the complaints raised by the applicants in application no. 36030/11, also fall to be examined under Article 8 alone.

A. Admissibility

1. Applicability

101. The Government, referring to *Schalk and Kopf* (§§ 93-95), did not dispute the applicability of Article 14 in conjunction with Article 8.
102. As the Court has consistently held, Article 14 complements the other substantive provisions of the Convention and its Protocols. It has no independent existence, since it has effect solely in relation to "the enjoyment of the rights and freedoms" safeguarded by those provisions. Although the application of Article 14 does not presuppose a breach of those provisions – and to this extent it is autonomous – there can be no room for its application unless the facts at issue fall within the ambit of one or more of the latter (see, for instance, *E.B. v. France* [GC], no. 43546/02, § 47, 22 January 2008; *Karner v. Austria*, no. 40016/98, § 32, ECHR 2003-IX; and *Petrovic v. Austria*, 27 March 1998, § 22, Reports 1998-II).
103. It is undisputed that the relationship of a same-sex couple, such as those of the applicants, falls within the notion of "private life" within the meaning of Article 8. Similarly, the Court has already held that the relationship of a cohabiting same-sex couple living in a stable de facto partnership falls within the notion of "family life" (see *Schalk and Kopf*, cited above, § 94). It follows that the facts of the present applications fall within the notion of "private life" as well as "family life" within the meaning of Article 8. Consequently, both Article 8 alone and Article 14 taken in conjunction with Article 8 of the Convention apply.

2. Conclusion

104. The Court notes that the complaints are not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention. It further notes that they are not inadmissible on any other grounds. They must

therefore be declared admissible.

B. Merits

omissis

2. The Court's assessment

(a) Article 8

(i) General principles

159. While the essential object of Article 8 is to protect individuals against arbitrary interference by public authorities, it may also impose on a State certain positive obligations to ensure effective respect for the rights protected by Article 8 (see, among other authorities, *X and Y v. the Netherlands*, 26 March 1985, § 23, Series A no. 91; *Maumousseau and Washington v. France*, no. 39388/05, § 83, 6 December 2007; *Söderman v. Sweden* [GC], no. 5786/08, § 78, ECHR 2013; and *Hämäläinen v. Finland* [GC], no. 37359/09, § 62, ECHR 2014). These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private or family life even in the sphere of the relations of individuals between themselves (see, *inter alia*, *S.H. and Others v. Austria* [GC], no. 57813/00, § 87, ECHR 2011, and *Söderman*, cited above, § 78).
160. The principles applicable to assessing a State's positive and negative obligations under the Convention are similar. Regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole, the aims in the second paragraph of Article 8 being of a certain relevance (see *Gaskin v. the United Kingdom*, 7 July 1989, § 42, Series A no. 160, and *Roche v. the United Kingdom* [GC], no. 32555/96, § 157, ECHR 2005-X).
161. The notion of "respect" is not clear-cut, especially as far as positive obligations are concerned: having regard to the diversity of the practices followed and the situations obtaining in the Contracting States, the notion's requirements will vary considerably from case to case (see *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, § 72, ECHR 2002-VI). Nonetheless, certain factors have been considered relevant for the assessment of the content of those positive obligations on States (see *Hämäläinen*, cited above, § 66). Of relevance to the present case is the impact on an applicant of a situation where there is discordance between social reality and the law, the coherence of the administrative and legal practices within the domestic system being regarded as an important factor in the assessment carried out under Article 8 (see, *mutatis mutandis*, *Christine Goodwin*, cited above, §§ 77-78; *I. v. the United Kingdom* [GC], no. 25680/94, § 58, 11 July 2002, and *Hämäläinen*, cited above, § 66). Other factors relate to the impact of the alleged positive obligation at stake on the State concerned. The question here is whether the alleged obligation is narrow and precise or broad and indeterminate (see *Botta v. Italy*, 24 February 1998, § 35, Reports 1998-I) or about the extent of any burden the obligation would impose on the State (see *Christine Goodwin*, cited above, §§ 86-88).
162. In implementing their positive obligation under Article 8 the States enjoy a certain margin of appreciation. A number of factors must be taken into account when determining the breadth of that margin. In the context of "private life" the Court has considered that where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake the margin allowed to the State will be restricted (see, for example, *X and Y*, cited above, §§ 24 and 27; *Christine Goodwin*, cited above, § 90; see also *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 71, ECHR 2002-III). Where, however, there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues, the margin will be wider (see *X, Y and Z v. the United Kingdom*, 22 April 1997, § 44, Reports 1997-II; *Fretté v. France*, no. 36515/97, § 41, ECHR 2002-I; and *Christine Goodwin*, cited above, § 85). There will also usually be a wide margin if the State is required to strike a balance between competing private and public interests or Convention rights (see *Fretté*, cited above, § 42; *Odièvre v. France* [GC], no. 42326/98, §§ 44-49, ECHR 2003-III; *Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, § 77, ECHR 2007-I; *Dickson v. the United Kingdom* [GC], no. 44362/04, § 78, ECHR 2007-V; and *S.H. and Others*, cited above, § 94).

(ii) Recent relevant case-law and the scope of the present case

163. The Court has already been faced with complaints concerning the lack of recognition of same-sex unions. However, in the most recent case of *Schalk and Kopf v. Austria*, when the Court delivered judgment the applicants had already obtained the opportunity to enter into a registered partnership. Thus, the Court had solely to determine whether the respondent State should have had provided the applicants with an alternative means of legal recognition of their partnership any earlier than it did (that is, before 1 January 2010). Having noted the rapidly developing European consensus which had emerged

in the previous decade, but that there was not yet a majority of States providing for legal recognition of same-sex couples (at the time nineteen states), the Court considered the area in question to be one of evolving rights with no established consensus, where States enjoyed a margin of appreciation in the timing of the introduction of legislative changes (§ 105). Thus, the Court concluded that, though not in the vanguard, the Austrian legislator could not be reproached for not having introduced the Registered Partnership Act any earlier than 2010 (see *ibid.*, § 106). In that case the Court also found that Article 14 taken in conjunction with Article 8 did not impose an obligation on Contracting States to grant same-sex couples access to marriage (*ibid.*, § 101).

164. In the present case the applicants still today have no opportunity to enter into a civil union or registered partnership (in the absence of marriage) in Italy. It is thus for the Court to determine whether Italy, at the date of the analysis of the Court, namely in 2015, failed to comply with a positive obligation to ensure respect for the applicants' private and family life, in particular through the provision of a legal framework allowing them to have their relationship recognised and protected under domestic law.

(iii) Application of the general principles to the present case

165. The Court reiterates that it has already held that same-sex couples are just as capable as different-sex couples of entering into stable, committed relationships, and that they are in a relevantly similar situation to a different-sex couple as regards their need for legal recognition and protection of their relationship (see *Schalk and Kopf*, § 99, and *Vallianatos*, §§ 78 and 81, both cited above). It follows that the Court has already acknowledged that same-sex couples are in need of legal recognition and protection of their relationship.
166. That same need, as well as the will to provide for it, has been expressed by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, which recommended that the Committee of Ministers call upon member States, among other things, "to adopt legislation making provision for registered partnerships" as long as fifteen years ago, and more recently by the Committee of Ministers (in its Recommendation CM/Rec(2010)5) which invited member States, where national legislation did not recognise nor confer rights or obligations on registered same-sex partnerships, to consider the possibility of providing same-sex couples with legal or other means to address the practical problems related to the social reality in which they live (see paragraphs 57 and 59 above).
167. The Court notes that the applicants in the present case, who are unable to marry, have been unable to have access to a specific legal framework (such as that for civil unions or registered partnerships) capable of providing them with the recognition of their status and guaranteeing to them certain rights relevant to a couple in a stable and committed relationship.
168. The Court takes note of the applicants' situation within the Italian domestic system. As regards registration of the applicants' same-sex unions with the "local registers for civil unions", the Court notes that where this is possible (that is in less than 2% of existing municipalities) this action has merely symbolic value and is relevant for statistical purposes; it does not confer on the applicants any official civil status, and it by no means confers any rights on same-sex couples. It is even devoid of any probative value (of a stable union) before the domestic courts (see paragraph 115 above).
169. The applicants' current status in the domestic legal context can only be considered a "de facto" union, which may be regulated by certain private contractual agreements of limited scope. As regards the mentioned cohabitation agreements, the Court notes that while providing for some domestic arrangements in relation to cohabitation (see paragraphs 41 and 129 above) such private agreements fail to provide for some basic needs which are fundamental to the regulation of a relationship between a couple in a stable and committed relationship, such as, *inter alia*, the mutual rights and obligations they have towards each other, including moral and material support, maintenance obligations and inheritance rights (compare *Vallianatos*, § 81 *in fine*, and *Schalk and Kopf*, § 109, both cited above). The fact that the aim of such contracts is not that of the recognition and protection of the couple is evident from the fact that they are open to anyone cohabiting, irrespective of whether they are a couple in a committed stable relationship (see paragraph 41 above). Furthermore, such a contract requires the persons to be cohabiting; however, the Court has already accepted that the existence of a stable union is independent of cohabitation (see *Vallianatos*, §§ 49 and 73). Indeed, in the globalised world of today various couples, married or in a registered partnership, experience periods during which they conduct their relationship at long distance, needing to maintain residence in different countries, for professional or other reasons. The Court considers that that fact in itself has no bearing on the existence of a stable committed relationship and the need for it to be protected. It follows that, quite apart from the fact that cohabitation agreements were not even available to the applicants before December 2013, such agreements cannot be considered as giving recognition and the requisite protection to the applicants' unions.
170. Further, it has not been proved that the domestic courts could issue a statement of formal recognition, nor has the Government explained what would have been the implications of such a statement (see pa-

- paragraph 82 above). While the national courts have repeatedly upheld the need to ensure protection for same sex-unions and to avoid discriminatory treatment, currently, in order to receive such protection the applicants, as with others in their position, must raise a number of recurring issues with the domestic courts and possibly even the Constitutional Court (see paragraph 16 above), to which the applicants have no direct access (see *Scoppola v. Italy* (no. 2) [GC], no. 10249/03, § 70, 17 September 2009). From the case-law brought to the Court's attention, it transpires that while recognition of certain rights has been rigorously upheld, other matters in connection with same-sex unions remain uncertain, given that, as reiterated by the Government, the courts make findings on a case-by-case basis. The Government also admitted that protection of same-sex unions received more acceptance in certain branches than in others (see paragraph 131 above). In this connection it is also noted that the Government persistently exercise their right to object to such claims (see, for example, the appeal against the decision of the Tribunal of Grosseto) and thus they show little support for the findings on which they are hereby relying.
171. As indicated by the ARCD the law provides explicitly for the recognition of a same-sex partner in very limited circumstances (see paragraph 146 above). It follows that even the most regular of "needs" arising in the context of a same-sex couple must be determined judicially, in the uncertain circumstances mentioned above. In the Court's view, the necessity to refer repeatedly to the domestic courts to call for equal treatment in respect of each one of the plurality of aspects which concern the rights and duties between a couple, especially in an overburdened justice system such as the one in Italy, already amounts to a not-insignificant hindrance to the applicants' efforts to obtain respect for their private and family life. This is further aggravated by a state of uncertainty.
 172. It follows from the above that the current available protection is not only lacking in content, in so far as it fails to provide for the core needs relevant to a couple in a stable committed relationship, but is also not sufficiently stable – it is dependent on cohabitation, as well as the judicial (or sometimes administrative) attitude in the context of a country that is not bound by a system of judicial precedent (see *Torri and Others v. Italy*, (dec.), nos. 11838/07 and 12302/07, § 42, 24 January 2012). In this connection the Court reiterates that coherence of administrative and legal practices within the domestic system must be regarded as an important factor in the assessment carried out under Article 8 (see paragraph 161 above).
 173. In connection with the general principles mentioned in paragraph 161 above, the Court observes that, it also follows from the above examination of the domestic context that there exists a conflict between the social reality of the applicants, who for the most part live their relationship openly in Italy, and the law, which gives them no official recognition on the territory. In the Court's view an obligation to provide for the recognition and protection of same-sex unions, and thus to allow for the law to reflect the realities of the applicants' situations, would not amount to any particular burden on the Italian State be it legislative, administrative or other. Moreover, such legislation would serve an important social need – as observed by the ARCD, official national statistics show that there are around one million homosexuals (or bisexuals), in central Italy alone.
 174. In view of the above considerations, the Court considers that in the absence of marriage, same-sex couples like the applicants have a particular interest in obtaining the option of entering into a form of civil union or registered partnership, since this would be the most appropriate way in which they could have their relationship legally recognised and which would guarantee them the relevant protection – in the form of core rights relevant to a couple in a stable and committed relationship – without unnecessary hindrance. Further, the Court has already held that such civil partnerships have an intrinsic value for persons in the applicants' position, irrespective of the legal effects, however narrow or extensive, that they would produce (see *Vallianatos*, cited above, § 81). This recognition would further bring a sense of legitimacy to same-sex couples.
 175. The Court reiterates that in assessing a State's positive obligations regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole. Having identified above the individuals' interests at play, the Court must proceed to weigh them against the community interests.
 176. Nevertheless, in this connection the Court notes that the Italian Government have failed to explicitly highlight what, in their view, corresponded to the interests of the community as a whole. They however considered that "time was necessarily required to achieve a gradual maturation of a common view of the national community on the recognition of this new form of family". They also referred to "the different sensitivities on such a delicate and deeply felt social issue" and the search for a "unanimous consent of different currents of thought and feeling, even of religious inspiration, present in society". At the same time, they categorically denied that the absence of a specific legal framework providing for the recognition and protection of same-sex unions attempted to protect the traditional concept of family, or the morals of society. The Government instead relied on their margin of appreciation in the choice of times and the modes of a specific legal framework, considering that they were better placed to assess the feelings of their community.
 177. As regards the breadth of the margin of appreciation, the Court notes that this is dependent on various

factors. While the Court can accept that the subject matter of the present case may be linked to sensitive moral or ethical issues which allow for a wider margin of appreciation in the absence of consensus among member States, it notes that the instant case is not concerned with certain specific “supplementary” (as opposed to core) rights which may or may not arise from such a union and which may be subject to fierce controversy in the light of their sensitive dimension. In this connection the Court has already held that States enjoy a certain margin of appreciation as regards the exact status conferred by alternative means of recognition and the rights and obligations conferred by such a union or registered partnership (see *Schalk and Kopf*, cited above, §§ 108-09). Indeed, the instant case concerns solely the general need for legal recognition and the core protection of the applicants as same-sex couples. The Court considers the latter to be facets of an individual’s existence and identity to which the relevant margin should apply.

178. In addition to the above, of relevance to the Court’s consideration is also the movement towards legal recognition of same-sex couples which has continued to develop rapidly in Europe since the Court’s judgment in *Schalk and Kopf*. To date a thin majority of CoE States (twenty-four out of forty-seven, see paragraph 55 above) have already legislated in favour of such recognition and the relevant protection. The same rapid development can be identified globally, with particular reference to countries in the Americas and Australasia (see paragraphs 65 and 135 above). The information available thus goes to show the continuing international movement towards legal recognition, to which the Court cannot but attach some importance (see, *mutatis mutandis*, *Christine Goodwin*, § 85, and *Vallianatos*, § 91, both cited above).
179. Turning back to the situation in Italy, the Court observes that while the Government is usually better placed to assess community interests, in the present case the Italian legislature seems not to have attached particular importance to the indications set out by the national community, including the general Italian population and the highest judicial authorities in Italy.
180. The Court notes that in Italy the need to recognise and protect such relationships has been given a high profile by the highest judicial authorities, including the Constitutional Court and the Court of Cassation. Reference is made particularly to the judgment of the Constitutional Court no. 138/10 in the first two applicants’ case, the findings of which were reiterated in a series of subsequent judgments in the following years (see some examples at paragraph 45 above). In such cases, the Constitutional Court, notably and repeatedly called for a juridical recognition of the relevant rights and duties of homosexual unions (see, *inter alia*, paragraph 16 above), a measure which could only be put in place by Parliament.
181. The Court observes that such an expression reflects the sentiments of a majority of the Italian population, as shown through official surveys (see paragraph 144 above). The statistics submitted indicate that there is amongst the Italian population a popular acceptance of homosexual couples, as well as popular support for their recognition and protection.
182. Indeed, in their observations before this Court, the same Italian Government have not denied the need for such protection, claiming that it was not limited to recognition (see paragraph 128 above), which moreover they admitted was growing in popularity amongst the Italian community (see paragraph 130 above).
183. Nevertheless, despite some attempts over three decades (see paragraphs 126 and 46-47 above) the Italian legislature has been unable to enact the relevant legislation.
184. In this connection the Court recalls that, although in a different context, it has previously held that “a deliberate attempt to prevent the implementation of a final and enforceable judgment and which is, in addition, tolerated, if not tacitly approved, by the executive and legislative branch of the State, cannot be explained in terms of any legitimate public interest or the interests of the community as a whole. On the contrary, it is capable of undermining the credibility and authority of the judiciary and of jeopardising its effectiveness, factors which are of the utmost importance from the point of view of the fundamental principles underlying the Convention (see *Broniowski v. Poland* [GC], no. 31443/96, § 175, ECHR 2004-V). While the Court is aware of the important legal and factual differences between *Broniowski* and the present case, it nevertheless considers that in the instant case, the legislature, be it willingly or for failure to have the necessary determination, left unheeded the repetitive calls by the highest courts in Italy. Indeed the President of the Constitutional Court himself in the annual report of the court regretted the lack of reaction on behalf of the legislator to the Constitutional Court’s pronouncement in the case of the first two applicants (see paragraph 43 above). The Court considers that this repetitive failure of legislators to take account of Constitutional Court pronouncements or the recommendations therein relating to consistency with the Constitution over a significant period of time, potentially undermines the responsibilities of the judiciary and in the present case left the concerned individuals in a situation of legal uncertainty which has to be taken into account.
185. In conclusion, in the absence of a prevailing community interest being put forward by the Italian Government, against which to balance the applicants’ momentous interests as identified above, and in the light of domestic courts’ conclusions on the matter which remained unheeded, the Court finds that the

Italian Government have overstepped their margin of appreciation and failed to fulfil their positive obligation to ensure that the applicants have available a specific legal framework providing for the recognition and protection of their same-sex unions.

186. To find otherwise today, the Court would have to be unwilling to take note of the changing conditions in Italy and be reluctant to apply the Convention in a way which is practical and effective.
187. There has accordingly been a violation of Article 8 of the Convention.

(b) *Article 14 in conjunction with Article 8*

188. Having regard to its finding under Article 8 (see paragraph 187 above), the Court considers that it is not necessary to examine whether, in this case, there has also been a violation of Article 14 in conjunction with Article 8.

III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 12 ALONE AND ARTICLE 14 READ IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 12 OF THE CONVENTION

189. The applicants in application no. 18766/11 relied on Article 12 on its own, and argue that since the judgment in *Schalk and Kopf* (cited above), more countries have legislated in favour of gay marriage, and many more are in the process of discussing the issue. Therefore, given that the Convention is a living instrument, the Court should redetermine the question in the light of the position today.
190. All the applicants further complained that they had suffered discrimination as a result of the prohibition to marry applicable to them. Noting the Court's recent acceptance in *Schalk and Kopf* of the applicability of Article 12 (apart from Article 8) to such situations, the applicants argued that while it was true that the Court held that the provision did not oblige states to confer such a right on homosexual couples, it was nevertheless for the Court to examine whether the failure to provide for same-sex marriage was justified in view of all the relevant circumstances. They argued that in the present cases it was particularly relevant that no other option was open for the applicants to have their unions legally recognised. Moreover, such exclusion could no longer be held as legitimate, given the social reality (according to a 2010 study by Eurispes 61.4% of Italians were in favour of some sort of union, 20.4% of whom were in favour of it being in the form of a marriage). To persist on denying certain rights to same-sex couples only continued to marginalise and stigmatise a minority group in favour of a majority with discriminatory tendencies. Lastly, they submitted that even assuming it could be considered legitimate it was clearly not proportionate, given the narrow margin of appreciation afforded to States when applying different treatment on the basis of sexual orientation. The same margin had to be considered narrow also in view of the fact that most States had in fact regulated for some form of civil union (see *Schalk and Kopf*, cited above, § 105).
191. The Court notes that in *Schalk and Kopf* the Court found under Article 12 that it would no longer consider that the right to marry must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex. However, as matters stood (at the time only six out of forty-seven CoE member States allowed same-sex marriage), the question whether or not to allow same-sex marriage was left to regulation by the national law of the Contracting State. The Court felt it must not rush to substitute its own judgment in place of that of the national authorities, who are best placed to assess and respond to the needs of society. It followed that Article 12 of the Convention did not impose an obligation on the respondent Government to grant a same-sex couple like the applicants access to marriage (§§ 61-63). The same conclusion was reiterated in the more recent *Hämäläinen* (cited above, § 96), where the Court held that while it is true that some Contracting States have extended marriage to same-sex partners, Article 12 cannot be construed as imposing an obligation on the Contracting States to grant access to marriage to same-sex couples.
192. The Court notes that despite the gradual evolution of States on the matter (today there are eleven CoE states that have recognised same-sex marriage) the findings reached in the cases mentioned above remain pertinent. In consequence the Court reiterates that Article 12 of the Convention does not impose an obligation on the respondent Government to grant a same-sex couple like the applicants access to marriage.
193. Similarly, in *Schalk and Kopf*, the Court held that Article 14 taken in conjunction with Article 8, a provision of more general purpose and scope, cannot be interpreted as imposing such an obligation either. The Court considers that the same can be said of Article 14 in conjunction with Article 12.
194. It follows that both the complaint under Article 12 alone, and that under Article 14 in conjunction with Article 12 are manifestly ill-founded and must be rejected in accordance with Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

omissis

FOR THESE REASONS, THE COURT, UNANIMOUSLY,

1. *Declares* the complaints under Article 8 alone and Article 14 in conjunction with Article 8 admissible, and the remainder of the applications inadmissible;
 2. *Holds* that there has been a violation of Article 8 of the Convention;
 3. *Holds* that there is no need to examine the complaint under Article 14 in conjunction with Article 8 of the Convention;
 4. *Holds*
 - (a) that the respondent State is to pay the applicants, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, the following amounts:
 - (i) EUR 5,000 (five thousand euros) each, plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage;
 - (ii) EUR 4,000 (four thousand euros), jointly, to the applicants in application no. 18766/11, plus any tax that may be chargeable to the applicants, in respect of costs and expenses;
 - (iii) EUR 10,000 (ten thousand euros), jointly, to the applicants in application no. 36030/11, plus any tax that may be chargeable to the applicants, in respect of costs and expenses, to be paid directly into their representatives' bank accounts;
 - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;
 5. Dismisses the remainder of the applicants' claim for just satisfaction.
- omissis*

Corte di giustizia dell'Unione europea, 2 dicembre 2014, *A, B, C v. Staatsecretaris van Veiligheid en Justitie*, cause riunite da C-148/13 a C-150/13

RICONOSCIMENTO DELLO STATUS DI RIFUGIATO O DI BENEFICIARIO DELLA PROTEZIONE SUSSIDIARIA – TIMORE DI PERSECUZIONE A CAUSA DELL'ORIENTAMENTO SESSUALE – MODALITÀ DI VALUTAZIONE DEI FATTI E DELLE CIRCOSTANZE – CONDIZIONI A CUI È SOGGETTO IL COLLOQUIO PERSONALE – OBBLIGO DI RISPETTARE LA DIGNITÀ UMANA E LA VITA PRIVATA DEI RICHIEDENTI

Una normativa nazionale in materia di riconoscimento della protezione internazionale a una persona che teme di essere perseguitata nel suo Paese in ragione del suo orientamento sessuale non è conforme al diritto dell'Unione europea se legittima modalità di valutazione che includano interrogatori fondati unicamente su nozioni stereotipate riguardo agli omosessuali o relativi alle pratiche sessuali del richiedente asilo oppure elementi di prova come il compimento di atti omosessuali da parte del richiedente asilo interessato, il suo sottoporsi a «test» per dimostrare di essere omosessuale o registrazioni video di tali atti, posto che le dichiarazioni del richiedente asilo non possono mancare di credibilità per il solo motivo che il suo asserito orientamento sessuale non è stato fatto valere alla prima occasione concessagli per esporre i motivi di persecuzione.

Riferimenti normativi:

Art. 4 Direttiva 2004/83/CE recante norme minime sulle condizioni per il riconoscimento dello status di rifugiato o di beneficiario della protezione sussidiaria; Art. 13 Direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato; Artt. 1 e 7 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione)

omissis

Nelle cause riunite da C-148/13 a C-150/13,
aventi ad oggetto le domande di pronuncia pregiudiziale proposte alla Corte, ai sensi dell'articolo 267
TFUE, dal *Raad van State* (Paesi Bassi), con decisioni del 20 marzo 2013, pervenute in cancelleria il 25
marzo 2013, nei procedimenti

A (C-148/13),
B (C-149/13),
C (C-150/13)

contro

Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,

con l'intervento di:

United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR),

LA CORTE (Grande Sezione),

omissis

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1. Le domande di pronuncia pregiudiziale vertono sull'interpretazione dell'articolo 4 della direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta (GU L 304, pag. 12, e rettifiche GU 2005, L 204, pag. 24, e GU 2011, L 278, pag. 13), nonché degli articoli 3 e 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta»).
2. Tali domande sono state presentate nell'ambito di controversie tra A, B e C, cittadini di Stati terzi, e lo *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* (Segretario di Stato alla Sicurezza e alla Giustizia; in prosieguo: lo «*Staatssecretaris*») in merito al rigetto delle loro domande dirette ad ottenere un permesso di soggiorno temporaneo (asilo) nei Paesi Bassi.

omissis

Controversie principali e questione pregiudiziale

22. A, B e C, cittadini di paesi terzi, hanno presentato richieste di permesso di soggiorno temporaneo (asilo) nei Paesi Bassi. A sostegno delle loro richieste hanno addotto il timore di essere perseguitati nei loro rispettivi paesi di origine, segnatamente a causa della loro omosessualità.
23. La prima richiesta di asilo presentata da A è stata respinta dallo *Staatssecretaris* in quanto non credibile.
24. A non ha contestato tale prima decisione di rifiuto e ha proposto una seconda richiesta d'asilo indicando di essere pronto a sottomettersi ad un «test» che comprovi la sua omosessualità o a compiere un atto omosessuale per dimostrare la veridicità dell'asserito orientamento sessuale.
25. Con decisione del 12 luglio 2011, lo *Staatssecretaris* ha respinto la seconda domanda di A con la motivazione che la credibilità dell'orientamento sessuale dedotto da quest'ultimo permaneva non dimostrata. Lo *Staatssecretaris* ha ritenuto che non ci si dovesse fondare esclusivamente sull'orientamento sessuale asserito dal richiedente asilo, senza alcuna valutazione della credibilità del medesimo.
26. Il 1° agosto 2012, lo *Staatssecretaris* ha respinto la domanda di B in quanto le dichiarazioni relative alla sua omosessualità erano vaghe, superficiali e prive di credibilità. Peraltro, secondo lo *Staatssecretaris*, poiché B è originario di un paese in cui l'omosessualità non è accettata, egli dovrebbe poter fornire maggiori dettagli in merito ai propri sentimenti e al processo interiore relativo al suo orientamento sessuale.
27. C ha presentato una prima richiesta di asilo per motivi diversi dalla persecuzione a causa della sua omosessualità, domanda che è stata respinta dallo *Staatssecretaris*.
28. C non ha contestato tale prima decisione e ha presentato una seconda richiesta d'asilo fondata, questa volta, sul timore di essere perseguitato nel proprio paese d'origine a causa della sua omosessualità. Nell'ambito di tale seconda domanda, C ha sostenuto di aver potuto riconoscere il fatto di essere attratto dagli uomini solo dopo aver lasciato il suo paese d'origine. A sostegno della sua domanda, C ha anche presentato alle autorità competenti per l'esame della medesima una registrazione video di atti intimi con una persona del medesimo sesso.
29. Con decisione dell'8 ottobre 2012 lo *Staatssecretaris* ha respinto la domanda di asilo di C in quanto le sue dichiarazioni relative alla propria omosessualità non erano credibili. Lo *Staatssecretaris* ha considerato che C avrebbe dovuto menzionare il proprio asserito orientamento sessuale al momento della prima richiesta di asilo, che egli non ha spiegato chiaramente come avesse preso coscienza della propria omosessualità e che non era in grado di rispondere alle domande relative alle organizzazioni olandesi di difesa dei diritti degli omosessuali.
30. In seguito al rigetto delle loro richieste di permesso di soggiorno temporaneo (asilo), A, B e C hanno presentato ricorsi avverso tali decisioni di rigetto dinanzi al *Rechtbank 's-Gravenhage*.
31. Con sentenze del 9 settembre 2011 e del 30 ottobre 2012, il *Rechtbank 's-Gravenhage* ha respinto in quanto infondati i ricorsi rispettivamente di A e di C. Detto giudice ha considerato che, da un lato, A e C avrebbero dovuto, nei loro rispettivi ricorsi, contestare le prime decisioni di rigetto dello *Staatssecretaris* e, dall'altro, essi non dimostravano, nell'ambito del secondo procedimento di richiesta d'asilo, la plausibilità delle loro dichiarazioni in merito alla loro asserita omosessualità.
32. Con sentenza del 23 agosto 2012, è stato parimenti respinto il ricorso proposto da B avverso la decisione di rigetto dello *Staatssecretaris*. Il *Rechtbank 's-Gravenhage* ha considerato che lo *Staatssecretaris* aveva potuto ragionevolmente concludere che le dichiarazioni di B relative alla sua omosessualità non fossero credibili.
33. A, B, e C hanno proposto appello avverso dette sentenze dinanzi al *Raad van State*.
34. Nell'ambito di tali procedimenti d'appello, A, B e C fanno valere segnatamente che, a causa dell'impossibilità di accertare oggettivamente l'orientamento sessuale dei richiedenti asilo, le autorità competenti per l'esame di una domanda di asilo dovrebbero fondare le loro decisioni sulla mera affermazione di tali richiedenti quanto a tale asserito orientamento.

35. Orbene, secondo i ricorrenti nel procedimento principale, nell'ambito della valutazione della credibilità delle dichiarazioni rese da un richiedente asilo, le suddette autorità pongono domande relative a tale asserito orientamento che ledono, segnatamente, il rispetto della dignità del richiedente e il suo diritto al rispetto della vita privata, non tenendo conto per di più dell'imbarazzo che tale richiedente potrebbe provare durante le audizioni né delle barriere culturali che gli impedirebbero di parlare apertamente di tale orientamento. Peraltro, il fatto che lo *Staatssecretaris* consideri non credibili i racconti dei richiedenti asilo non dovrebbe condurre alla medesima conclusione quanto alla credibilità dell'orientamento sessuale stesso.
36. Lo *Staatssecretaris* fa osservare che né dalla direttiva 2004/83 né dalla Carta risulta che occorre statuire sulla base della mera affermazione dei richiedenti asilo quanto al loro asserito orientamento sessuale. Occorrerebbe tuttavia verificare non se i richiedenti asilo abbiano effettivamente l'orientamento sessuale che sostengono di avere, ma piuttosto se siano riusciti a rendere plausibile la propria appartenenza ad un gruppo sociale, ai sensi dell'articolo 10, paragrafo 1, lettera d), della direttiva 2004/83, o che gli autori della persecuzione li considerino come tali, ai sensi dell'articolo 10, paragrafo 2, della stessa direttiva.
37. Peraltro, secondo lo *Staatssecretaris*, solo raramente i richiedenti asilo possono fornire la prova della loro omosessualità in maniera diversa dal rendere dichiarazioni per cui, quando tali dichiarazioni sono considerate coerenti e plausibili e la credibilità generale del richiedente asilo è stata dimostrata, tali richiedenti devono poter godere del beneficio del dubbio.
38. Secondo lo *Staatssecretaris* la valutazione che egli deve effettuare della credibilità dell'orientamento sessuale dei richiedenti asilo non è diversa da quella relativa ad altri motivi di persecuzione. Tale autorità terrebbe tuttavia conto dei problemi specifici legati alle dichiarazioni relative all'orientamento sessuale. Sarebbe segnatamente raccomandato ai collaboratori incaricati delle audizioni dei richiedenti asilo di non porre domande dirette quanto al modo in cui tali richiedenti asilo vivono il loro orientamento. Peraltro, non dovrebbe essere attribuita alcuna importanza alle immagini di atti intimi prodotte dai richiedenti asilo a titolo di prova, dato che di per sé esse dimostrano solo la pratica di atti sessuali e non la veridicità dell'asserito orientamento sessuale.
39. Il *Raad van State* precisa che né l'articolo 4 della direttiva 2004/83 né le disposizioni invocate della Carta obbligano lo *Staatssecretaris* a considerare dimostrato, in base alle loro semplici dichiarazioni, l'orientamento sessuale addotto dai richiedenti asilo. Peraltro, secondo tale giudice, la verifica dell'orientamento sessuale dei richiedenti asilo non è diversa dalla verifica di altri motivi di persecuzione.
40. Nondimeno, il *Raad van State* si interroga sugli eventuali limiti che le disposizioni dell'articolo 4 della direttiva 2004/83 nonché le disposizioni degli articoli 3 e 7 della Carta imporrebbero quanto alla verifica dell'orientamento sessuale dei richiedenti asilo.
41. Il giudice del rinvio ritiene che il fatto di porre domande ai richiedenti asilo può, in una certa misura, ledere i diritti garantiti da dette disposizioni della Carta.
42. Secondo tale giudice, a prescindere dal metodo adottato nello Stato membro interessato ai fini dell'esame della veridicità dell'orientamento sessuale dedotto, non può essere escluso il rischio di lesione dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo, quali sanciti agli articoli 3 e 7 della Carta.
43. È in tale contesto che il *Raad van State* ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale, formulata in termini identici in ciascuna delle cause da C-148/13 a C-150/13:
 «Quali limiti siano posti [dall'articolo 4 della direttiva 2004/83] e [dalla Carta], e segnatamente dai suoi articoli 3 e 7, alle modalità di valutazione della credibilità di un orientamento sessuale asserito e se detti limiti siano diversi dai limiti vigenti per la valutazione della credibilità di altri motivi di persecuzione e, in tal caso, sotto quale profilo».
44. Con decisione della Corte del 19 aprile 2013, le cause da C-148/13 a C-150/13 sono state riunite ai fini delle fasi scritta e orale del procedimento, nonché ai fini della sentenza.

Sulla questione pregiudiziale

Osservazioni preliminari

45. Risulta dai considerando 3, 16 e 17 della direttiva 2004/83, che la convenzione di Ginevra costituisce la pietra angolare della disciplina giuridica internazionale relativa alla protezione dei rifugiati e che le disposizioni di tale direttiva sulle condizioni per il riconoscimento dello status di rifugiato nonché al contenuto di quest'ultimo sono state adottate al fine di aiutare le autorità competenti degli Stati membri ad applicare detta convenzione basandosi su nozioni e criteri comuni (sentenza N., C-604/12, EU:C:2014:302, punto 27).
46. L'interpretazione delle disposizioni della direttiva 2004/83 deve pertanto essere effettuata alla luce dell'impianto sistematico e della finalità di quest'ultima, nel rispetto della convenzione di Ginevra e degli altri trattati pertinenti di cui all'articolo 78, paragrafo 1, TFUE. Tale interpretazione deve essere

effettuata anche, come emerge dal considerando 10 della direttiva, nel rispetto dei diritti riconosciuti dalla Carta (sentenza *X e a.*, da C-199/12 a C-201/12, EU:C:2013:720, punto 40).

47. Occorre peraltro ricordare che la direttiva 2004/83 non contiene norme procedurali applicabili all'esame di una domanda di protezione internazionale né determina, pertanto, le garanzie procedurali che devono essere accordate al richiedente asilo. È la direttiva 2005/85 che stabilisce norme minime per le procedure di esame delle domande e precisa i diritti dei richiedenti asilo di cui occorre tener conto nell'ambito dell'esame dei procedimenti principali.

Sulla questione

48. Con la sua questione il giudice del rinvio chiede in sostanza se l'articolo 4 della direttiva 2004/83, letto alla luce delle disposizioni della Carta, debba essere interpretato nel senso che impone alle autorità nazionali competenti, che agiscono sotto il controllo del giudice, taluni limiti quando valutano i fatti e le circostanze concernenti l'asserito orientamento sessuale di un richiedente asilo, la cui domanda è fondata su un timore di persecuzione a causa di detto orientamento.
49. Occorre a tal proposito innanzitutto indicare che, contrariamente alle affermazioni dei ricorrenti nei procedimenti principali, secondo cui le autorità competenti per l'esame di una domanda di asilo fondata su un timore di persecuzione a causa dell'orientamento sessuale del richiedente asilo dovrebbero considerare il suo asserito orientamento come un fatto assodato in base alle semplici dichiarazioni di tale richiedente, dette dichiarazioni, tenuto conto del contesto particolare in cui si inseriscono le domande di asilo, possono costituire solo il punto di partenza nel processo di esame dei fatti e delle circostanze previsto all'articolo 4 della direttiva 2004/83.
50. Emerge, infatti, dal tenore letterale stesso dell'articolo 4, paragrafo 1, di detta direttiva che, nell'ambito di detto esame, gli Stati membri possono considerare che il richiedente è tenuto a produrre quanto prima tutti gli elementi necessari a motivare la domanda di protezione internazionale e che lo Stato membro esamina, in cooperazione con il richiedente, tutti gli elementi significativi di tale domanda.
51. Risulta inoltre dall'articolo 4, paragrafo 5, della direttiva 2004/83 che, quando le condizioni elencate alle lettere da a) ad e) di tale disposizione non sono soddisfatte, le dichiarazioni dei richiedenti asilo relative al loro asserito orientamento sessuale possono necessitare di una conferma.
52. Ne consegue che, benché spetti al richiedente asilo identificare tale orientamento, che costituisce un elemento rientrante nella sua sfera personale, le domande di concessione dello status di rifugiato motivate da un timore di persecuzione a causa di detto orientamento, così come le domande fondate su altri motivi di persecuzione, possono essere oggetto di un processo di valutazione, previsto all'articolo 4 della medesima direttiva.
53. Tuttavia, le modalità di valutazione, da parte delle autorità competenti, delle dichiarazioni e degli elementi di prova documentali o di altro tipo presentate a sostegno di tali domande devono essere conformi alle disposizioni delle direttive 2004/83 e 2005/85 nonché, come emerge, rispettivamente, dai considerando 10 e 8 di tali direttive, ai diritti fondamentali garantiti dalla Carta, quali il diritto al rispetto della dignità umana, sancito all'articolo 1 della Carta, nonché il diritto al rispetto della vita privata e familiare, garantito dall'articolo 7 della medesima.
54. Anche se le disposizioni dell'articolo 4 della direttiva 2004/83 sono applicabili a tutte le domande di protezione internazionale, a prescindere dai motivi di persecuzione addotti a sostegno di tali domande, spetta tuttavia alle autorità competenti adeguare le loro modalità di valutazione delle dichiarazioni e degli elementi di prova documentali o di altro tipo in funzione delle caratteristiche proprie di ciascuna categoria di richiesta d'asilo nel rispetto dei diritti garantiti dalla Carta.
55. Per quanto riguarda l'esame dei fatti e delle circostanze previsto all'articolo 4 della direttiva 2004/83, tale valutazione si svolge, come è stato dichiarato al punto 64 della sentenza *M.* (C-277/11, EU:C:2012:744), in due fasi distinte. La prima fase riguarda l'accertamento delle circostanze di fatto che possono costituire elementi di prova a sostegno della domanda, mentre la seconda fase riguarda la valutazione giuridica di tali elementi, che consiste nel decidere se, alla luce dei fatti che caratterizzano una fattispecie, siano soddisfatti i requisiti sostanziali previsti dagli articoli 9 e 10 o 15 della direttiva 2004/83 per il riconoscimento di una protezione internazionale.
56. Nell'ambito di questa prima fase, in cui si inseriscono appunto gli interrogativi del giudice del rinvio in ciascuno dei procedimenti principali, benché gli Stati membri possano considerare che il richiedente è normalmente tenuto a produrre tutti gli elementi necessari a motivare la domanda, essendo quest'ultimo peraltro maggiormente in grado di fornire elementi idonei a dimostrare il proprio orientamento sessuale, spetta comunque allo Stato membro interessato cooperare con tale richiedente nel momento della determinazione degli elementi significativi di tale domanda, conformemente all'articolo 4, paragrafo 1, della citata direttiva (v., in tal senso, sentenza *M.*, EU:C:2012:744, punto 65).
57. Occorre rilevare a tal riguardo che, conformemente all'articolo 4, paragrafo 3, lettera c), della direttiva 2004/83, tale valutazione deve essere individuale e tener conto della situazione individuale e delle cir-

- costanze personali del richiedente, in particolare l'estrazione, il sesso e l'età, al fine di valutare se, in base alle circostanze personali del richiedente, gli atti a cui è stato o potrebbe essere esposto si configurino come persecuzione o danno grave.
58. Peraltro, come è stato ricordato al punto 51 della presente sentenza, nell'ambito delle verifiche compiute dalle autorità competenti, in virtù dell'articolo 4 di detta direttiva, quando taluni aspetti delle dichiarazioni di un richiedente asilo non sono suffragati da prove documentali o di altro tipo, tali aspetti non necessitano di una conferma purché siano soddisfatte le condizioni cumulative stabilite dall'articolo 4, paragrafo 5, lettere da a) a c) della medesima direttiva.
 59. Quanto alle modalità di valutazione delle dichiarazioni e delle prove documentali o di altro tipo di cui trattasi in ciascuno dei procedimenti principali, al fine di fornire una risposta utile al giudice del rinvio, occorre limitare la presente analisi alla conformità con le disposizioni delle direttive 2004/83 e 2005/85 e a quelle della Carta, da un lato, delle verifiche compiute dalle autorità competenti mediante interrogatori fondati, segnatamente, su stereotipi riguardo agli omosessuali o interrogatori dettagliati relativi alle pratiche sessuali di un richiedente asilo, nonché della possibilità, per tali autorità, di accettare che detto richiedente si sottoponga a «test» al fine di dimostrare la sua omosessualità e/o che produca, volontariamente, registrazioni video di suoi atti intimi e, dall'altro lato, della possibilità per le autorità competenti di concludere per la mancanza di credibilità in base alla semplice circostanza che l'asserito orientamento sessuale di quello stesso richiedente non sia stato menzionato da quest'ultimo alla prima occasione concessagli per esporre i motivi di persecuzione.
 60. Per quanto riguarda, in primo luogo, esami fondati su interrogatori vertenti sulla conoscenza, da parte del richiedente asilo considerato, di associazioni per la difesa degli interessi degli omosessuali e di dettagli relativi a tali associazioni, essi implicherebbero, secondo il ricorrente nel procedimento principale nella causa C-150/13, che dette autorità fondano le loro valutazioni su nozioni stereotipate riguardo ai comportamenti degli omosessuali e non sulla situazione concreta di ciascun richiedente asilo.
 61. A tal proposito, occorre ricordare che l'articolo 4, paragrafo 3, lettera c), della direttiva 2004/83 impone alle autorità competenti di procedere alla valutazione tenendo conto della situazione individuale e delle circostanze personali del richiedente e che l'articolo 13, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2005/85 richiede che tali medesime autorità conducano il colloquio tenendo conto della situazione personale o generale in cui si inserisce la richiesta d'asilo.
 62. Anche se interrogatori vertenti su nozioni stereotipate possono costituire un elemento utile a disposizione delle autorità competenti ai fini di tale valutazione, la valutazione delle domande di concessione dello status di rifugiato sulla sola base di nozioni stereotipate associate agli omosessuali non risponde tuttavia ai requisiti posti dalle disposizioni menzionate al punto precedente, in quanto non consente a dette autorità di tener conto della situazione individuale e delle circostanze personali del richiedente asilo considerato.
 63. Pertanto, il fatto che un richiedente asilo non sia in grado di rispondere a tali domande non può costituire, di per sé, un motivo sufficiente per concludere che egli non sia credibile, in quanto un modo di procedere del genere sarebbe contrario a quanto richiesto dall'articolo 4, paragrafo 3, lettera c), della direttiva 2004/83 nonché dall'articolo 13, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2005/85.
 64. In secondo luogo, anche se le autorità nazionali possono procedere, se del caso, a interrogatori destinati a valutare i fatti e le circostanze concernenti l'asserito orientamento sessuale di un richiedente asilo, gli interrogatori concernenti i dettagli delle pratiche sessuali di tale richiedente sono contrari ai diritti fondamentali garantiti dalla Carta e, segnatamente, al diritto al rispetto della vita privata e familiare, come sancito dall'articolo 7 della medesima.
 65. Quanto, in terzo luogo, alla possibilità, per le autorità nazionali, di accettare, come hanno proposto taluni ricorrenti nel procedimento principale, il compimento di atti omosessuali, il loro assoggettamento a eventuali «test» per stabilire la loro omosessualità o ancora la produzione da parte di detti richiedenti di prove quali registrazioni video dei loro atti intimi, occorre sottolineare che tali elementi, oltre al fatto che non necessariamente hanno valore probatorio, sarebbero idonei a ledere la dignità umana il cui rispetto è garantito dall'articolo 1 della Carta.
 66. Per di più, autorizzare o accettare un tipo di prove del genere avrebbe un effetto incentivante nei confronti di altri richiedenti e equivarrebbe, di fatto, a imporre a questi ultimi prove siffatte.
 67. In quarto luogo, quanto alla possibilità per le autorità competenti di ritenere non credibile l'asserito orientamento sessuale di tale richiedente quando, segnatamente, non è stato fatto valere da quest'ultimo alla prima occasione concessa per esporre i motivi di persecuzione, occorre indicare quanto segue.
 68. Emerge dalle disposizioni dell'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva 2004/83 che gli Stati membri possono considerare che il richiedente è tenuto a presentare «quanto prima» tutti gli elementi necessari a motivare la sua domanda di protezione internazionale.
 69. Tuttavia, considerata la delicatezza delle questioni relative alla sfera personale di un individuo e, segnatamente, alla sua sessualità, non si può concludere che quest'ultimo manchi di credibilità per il solo fatto che, a causa della sua reticenza a rivelare aspetti intimi della propria vita, egli non abbia dichiarato

immediatamente la propria omosessualità.

70. Occorre, peraltro, osservare che l'obbligo previsto all'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva 2004/83 di presentare tutti gli elementi necessari a motivare la domanda di protezione internazionale «quanto prima» è temperato dal dovere imposto alle autorità competenti, ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2005/85 e dell'articolo 4, paragrafo 3, della direttiva 2004/83, di condurre il colloquio tenendo conto della situazione personale o generale in cui si inserisce la domanda, segnatamente della vulnerabilità del richiedente e di procedere ad una valutazione individuale di tale domanda, tenendo conto della situazione individuale e delle circostanze personali di ciascun richiedente.
71. Così, considerare che un richiedente asilo non sia credibile solo perché non ha rivelato il proprio orientamento sessuale alla prima occasione che gli è stata concessa per esporre i motivi di persecuzione equivarrebbe a non tenere conto del dovere menzionato evocato al punto precedente.
72. Tenuto conto di tutto quanto precede occorre rispondere alla questione posta in ciascuno dei procedimenti da C-148/13 a C-150/13:
 - L'articolo 4, paragrafo 3, lettera c), della direttiva 2004/83 e l'articolo 13, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2005/85 devono essere interpretati nel senso che ostano a che, nell'ambito dell'esame, effettuato dalle autorità nazionali competenti, che agiscono sotto il controllo del giudice, dei fatti e delle circostanze riguardanti l'asserito orientamento sessuale di un richiedente asilo, la cui domanda è fondata su un timore di persecuzione a causa di tale orientamento, le dichiarazioni di tale richiedente nonché gli elementi di prova documentali o di altro tipo presentati a sostegno della sua domanda siano oggetto di una valutazione, da parte di dette autorità, mediante interrogatori fondati unicamente su nozioni stereotipate riguardo agli omosessuali.
 - L'articolo 4 della direttiva 2004/83, alla luce dell'articolo 7 della Carta, deve essere interpretato nel senso che osta a che, nell'ambito di tale esame, le autorità nazionali competenti procedano a interrogatori dettagliati sulle pratiche sessuali di un richiedente asilo.
 - L'articolo 4 della direttiva 2004/83, alla luce dell'articolo 1 della Carta, deve essere interpretato nel senso che osta a che, nell'ambito di tale esame, dette autorità accettino elementi di prova, quali il compimento di atti omosessuali da parte del richiedente asilo considerato, il suo sottoporsi a «test» per dimostrare la propria omosessualità o ancora la produzione da parte dello stesso di registrazioni video di tali atti.
 - L'articolo 4, paragrafo 3 della direttiva 2004/83 nonché l'articolo 13, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2005/85 devono essere interpretati nel senso che ostano a che, nell'ambito del predetto esame, le autorità nazionali competenti concludano che le dichiarazioni del richiedente asilo considerato manchino di credibilità per il solo motivo che il suo asserito orientamento sessuale non è stato fatto valere da tale richiedente alla prima occasione concessagli per esporre i motivi di persecuzione.

omissis

Corte di cassazione, terza sezione civile, sentenza del 22 gennaio 2015, n. 1126.

UFFICIO DELLA MOTORIZZAZIONE CIVILE – NOTIFICA DI PROCEDIMENTO DI REVISIONE DELLA PATENTE DI GUIDA IN RAGIONE DELL'ORIENTAMENTO SESSUALE – DIRITTO COSTITUZIONALMENTE TUTELATO ALLA LIBERA ESPRESSIONE DELLA PROPRIA IDENTITÀ SESSUALE – LESIONE – DIRITTO AL RISARCIMENTO DEI DANNI MORALI – SUSSISTENZA – NECESSITÀ DI LIQUIDAZIONE TENUTO CONTO DELLA RILEVANTE GRAVITÀ DEL FATTO – SUSSISTENZA – RINVIO AD ALTRA CORTE D'APPELLO

L'avvenuta notifica da parte dell'ufficio della motorizzazione civile di un procedimento di revisione della patente di guida a cagione dell'orientamento sessuale configura lesione del diritto costituzionalmente tutelato alla libera espressione della propria identità sessuale (art. 2 Cost.); ne consegue che il risarcimento dei danni morali deve avvenire con liquidazione che tenga conto della rilevante gravità del fatto considerato che la parte lesa è stata vittima di un vero e proprio (oltre che intollerabilmente reiterato) comportamento di omofobia.

Riferimenti normativi

Art. 2 Cost.; 2043 c.c.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE CIVILE

omissis
ha pronunciata la seguente
SENTENZA
omissis

Svolgimento del processo

Nel gennaio del 2002 M. D. G. convenne dinanzi al Tribunale di Catania il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e il Ministero della difesa, esponendo:

Che il 12 maggio 2001, nel corso della rituale visita di leva sostenuta presso l'ospedale militare di Augusta, aveva dichiarato di essere omosessuale;

Che a seguito di siffatta dichiarazione era stato esonerato dal servizio;

Che il successivo 21 ottobre l'Ufficio della Motorizzazione Civile di Catania gli aveva notificato il provvedimento di revisione della patente di guida, e la predisposizione di un nuovo esame di idoneità psico-fisica;

Che il provvedimento e la conseguente convocazione era stata disposta per effetto della comunicazione che l'ospedale militare aveva ritenuto di dover eseguire sulla base delle dichiarazioni di esso attore, evidenziando la mancanza dei requisiti psicofisici legalmente richiesti per la guida degli automezzi.

Tanto premesso, lamentando nel comportamento di entrambe le Amministrazioni statali una palese violazione della privacy ed un tipico contenuto di discriminazione sessuale, il G. chiese la condanna degli enti convenuti al risarcimento del grave danno morale patito, quantificandolo nella misura di 500.000 euro. Il giudice di primo grado accolse la domanda nell'*an*, condannando entrambi i Ministeri al pagamento della minor somma di 100.000 euro rispetto a quella richiesta.

La Corte di appello di Catania, pronunciando sull'impugnazione dei convenuti soccombenti, ne accolse in parte il gravame e ridusse l'entità del risarcimento a 20 mila euro, ritenendo "esorbitante, oltre

che “del tutto priva di riscontro motivazionale”, la somma “riconosciuta dal giudice di primo grado”. In motivazione, la Corte catanese non si esimerà dall’opinare che “l’acclarato atto di discriminazione sessuale e la concorrente violazione della privacy si erano risolte unicamente nell’apertura della procedura di revisione della patente di guida mediante la convocazione del G. innanzi alla commissione medica provinciale per la verifica delle necessarie condizioni di idoneità psico-fisica”.

A coronamento della trama motivazionale così intessuta, il giudice d’appello etneo aggiungerà la ulteriore considerazione secondo la quale appariva “decisiva la circostanza che la patente di guida non risultasse revocata e che la stessa visita aveva certificato la sussistenza delle condizioni di idoneità, pur se limitandole, senza specificazione di alcuna patologia, ad un anno”, mentre “l’illegittima diffusione dei dati afferenti alla identità sessuale” sarebbe rimasta “circostritta ad ambito assai ristretto”, onde la occhiuta conclusione che “non vi era stato pubblico ludibrio e la vicenda si era dipanata per via affatto riservata”.

Le pensose argomentazioni svolte sino al folio 10 della sentenza si concludono, poi, con il rilievo secondo il quale “la qualità di pubblica autorità” della commissione dinanzi alla quale l’attore era stato costretto a comparire aveva “certamente aggravato le sofferenze psichiche indotte dal discriminante controllo di idoneità”, rilievo cui fa da immediato contraltro la ulteriore chiosa per cui, in relazioni a tali sofferenze, tale aggravamento doveva ritenersi predicabile “non fosse altro che per la giovane età (appena 20 anni) e per le documentate” (il periodo termina con un anacolutto, così che non è dato comprendere a quale documentazione la Corte intendesse riferirsi). Il definitivo coronamento del pensiero del giudice territoriale si legge a f. 11 della sentenza impugnata: “tutto ciò” la induce, difatti, “a ridimensionare la misura delle sofferenze psico-fisiche ingiustificate pure inflitte a M.D.G.”, ritenendosi conseguentemente equo “riconoscere la chiesta indennità risarcitoria in complessivi E. 20.000”, atteso che “la misura riconosciuta dal Tribunale, lungi dall’essere modesta, va ritenuta spropositata, tanto più in mancanza di qualsivoglia elemento specifico di sofferenza giammai addotto dalla difesa del G.”.

La sentenza del giudice territoriale è stata impugnata da M.D.G. con ricorso per cassazione sorretto da un unico, complesso motivo di censura.

Resiste con controricorso e propone a sua volta ricorso incidentale il Ministero delle infrastrutture (cui resiste con controricorso il G.).

Le ragioni della decisione

Il ricorso è pienamente fondato.

Con il primo ed unico motivo, si denuncia omessa e in ogni caso contraddittorietà e insufficienza della motivazione, illogicità e palese erroneità con cui la Corte di appello ha ritenuto di disporre e quantificare il danno morale liquidato al sig. G., fatto certamente controverso e decisivo del giudizio. Il motivo deve essere accolto in ogni sua giuridica articolazione.

In ossequio al principio di autosufficienza, parte ricorrente riporta testualmente (folio 7 del ricorso) il passo della motivazione della sentenza di primo grado (sentenza ritenuta invece dalla Corte etnea ‘del tutto priva di riscontro motivazionale’) che, ben più accortamente e approfonditamente rispetto alla grave situazione di vulnus arrecato alla propria identità sessuale subita dal ricorrente, aveva evidenziato come ‘il comportamento delle due amministrazioni ha gravemente offeso e oltraggiato la personalità del G. in uno dei suoi aspetti più sensibili e ha indotto nello stesso un grave sentimento di sfiducia nei confronti dello Stato, percepito come vessatorio, nell’esprimere e realizzare la sua personalità nel mondo esterno’.

Né è lecito trascurare o sottovalutare la circostanza per cui il diritto costituzionalmente tutelato alla libera espressione della propria identità sessuale sia stato espressamente ascritto da questa Corte di legittimità al novero dei diritti inviolabili della persona di cui all’art. 2 Cost., quale essenziale forma di realizzazione della propria personalità (Cass. 16417/2007), mentre, sul versante della tutela penale, si è ritenuta necessaria una effettiva e realmente afflittiva tutela repressiva con riguardo al reato ingiuria (onde la ritenuta e patente illegittimità della sentenza di merito che edulcori e sviscisi la portata lesiva del termine ‘frocio’, come affermato da Cass. pen. 24513/2006).

Né va dimenticato che il diritto al proprio orientamento sessuale, cristallizzato nelle sue tre componenti della condotta, dell’inclinazione e della comunicazione (cd. coming out) è oggetto di specifica e indiscussa tutela da parte della stessa Corte europea dei diritti dell’uomo fin dalla sentenza *Dudgeon/ Regno Unito* del 1981.

Nella specie, nonostante il malaccorto tentativo della Corte territoriale di edulcorare la gravità del fatto, riconducendola ad aspetti soltanto endo-amministrativi, non pare revocabile in dubbio che la parte lesa sia stata vittima di un vero e proprio (oltre che intollerabilmente reiterato) comportamento di omofobia.

La gravità dell'offesa, requisito la cui indubbia rilevanza ai fini della quantificazione del danno si desume, sia pur e contrario, dalle stesse sentenze delle sezioni unite di questa Corte dell'11 novembre 2008, appare pertanto predicabile, nella specie, con assoluta certezza.

Quanto alla pretesa e silente 'circoscrivibilità' dell'effetto espansivo del danno, è del tutto contraddittoria la motivazione della sentenza impugnata nella parte in cui la riconduce alla sola conoscenza (e alla presunta quanto indimostrata discrezione) dei soggetti pubblici che, dapprima all'ospedale militare, poi in seno alla commissione per la motorizzazione, si erano occupati del caso.

La stessa instaurazione di un procedimento civile e la conseguente conoscenza e conoscibilità pubblica della vicenda smentisce in radice tale assunto, senza che, in contrario, valga osservare (come si legge nelle difese dell'Avvocatura) che, a rendere pubblico il caso in maniera eclatante 'è stato l'attore' – il che equivale a sostenere che la eclatante pubblicità del caso si sarebbe evitata rinunciando all'esperimento dell'azione giudiziaria, così impedendone la diffusione, la rilevanza, l'eco delle cronache nazionali e internazionali che ne sono seguite.

Deve essere viceversa rigettato il ricorso incidentale del Ministero delle infrastrutture che lamenta il proprio difetto di *legitimitas ad causam* per essere state le competenze in tema di trasporti (e quindi di patente di guida) trasferite alla regione Sicilia per effetto del D.lgs. 296 del 2006. Se è corretta in punto di diritto l'affermazione secondo la quale il difetto di *legitimitas ad causam* è rilevabile, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del processo, non è meno vero che, sul punto, si era ormai formato il giudicato esterno, essendo divenuta definitiva la sentenza del Tar Sicilia/Catania pronunciata proprio nei confronti dell'odierno ricorrente incidentale, avente ad oggetto la medesima questione. La formazione di un giudicato esterno implicito sulla perdurante legittimazione del Ministero impone, pertanto, il rigetto del relativo ricorso.

P.Q.M.

La Corte, riuniti i ricorsi, accoglie quello principale, rigetta l'incidentale, cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per la liquidazione delle spese del giudizio di cassazione, alla Corte di appello di Palermo.

Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenza del 9 febbraio 2015, n. 2400.

MATRIMONIO FRA PERSONE DELLO STESSO SESSO – CARENZA DI PREVISIONE LEGISLATIVA – DIRITTO ALLE PUBBLICAZIONI MATRIMONIALI – INSUSSITENZA – CONTRARIETÀ ALL’ORDINE PUBBLICO DEL MATRIMONIO FRA PERSONE DELLO STESSO SESSO - ESCLUSIONE – UNIONE OMOSESSUALE – RILEVANZA EX ART. 2 COST.

Non essendo stato riconosciuto dal Legislatore ordinario il matrimonio fra persone dello stesso sesso non può essere accolta la relativa richiesta di pubblicazioni matrimoniali; l’unione omoaffettiva riceve comunque un diretto riconoscimento costituzionale dall’art. 2 Cost. e può acquisire un grado di protezione e tutela equiparabile a quello matrimoniale in tutte le situazioni nelle quali la mancanza di una disciplina legislativa determina una lesione dei diritti fondamentali; l’operazione di omogeneizzazione può essere svolta dal giudice comune e non soltanto dalla Corte costituzionale in quanto tenuto ad un’interpretazione delle norme costituzionalmente e convenzionalmente orientata; deve essere esclusa la contrarietà all’ordine pubblico del titolo matrimoniale estero pur riconoscendone l’inidoneità a produrre nel nostro ordinamento gli effetti del vincolo matrimoniale.

Riferimenti normativi:

Art. 2 Cost.; art. 12 Cedu.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE CIVILE

omissis

ha pronunciata la seguente

SENTENZA

sul ricorso 16430-2013

omissis

contro

Ministero dell’Interno, *omissis*

avverso il decreto della Corte d’Appello di Roma,

depositato il 9/5/2012, n. 54934/09 R.G.A.D.;

omissis

Svolgimento del processo

Con il decreto impugnato la Corte d’Appello di Roma, confermando la pronuncia di primo grado, ha rigettato la domanda proposta da AA e DP finalizzata a poter procedere alle pubblicazioni di matrimonio da loro richieste e negate dall’ufficiale di stato civile.

I reclamanti avevano dedotto:

- che non si rintracciava nel codice civile e nella Costituzione una norma definitoria del matrimonio, secondo il paradigma eterosessuale;

- che un’interpretazione orientata dal diritto europeo, dalle Carte internazionali e dalla giurisprudenza Cedu consentiva al giudice di colmare il vuoto normativo relativo alla mancata considerazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso;

- che il principio di tipicità delle norme che limitano la libertà personale non avrebbe consentito d’introdurre un divieto di contrarre matrimonio non espressamente previsto;

- che il diniego costituiva violazione dell'art. 3 Cost. perché introduceva una discriminazione personale e dell'art. 2, perché consentiva il pieno sviluppo di una sfera relazionale a carattere costitutivo in una formazione sociale come l'unione tra due persone dello stesso sesso costituzionalmente protetta, oltre che ampiamente riconosciuta dalle fonti internazionali ed europee da ritenere vincolanti anche in virtù del rinvio contenuto nell'art. 117 Cost.

La Corte d'Appello ha giustificato il rigetto della domanda sulla base delle seguenti argomentazioni. In primo luogo ha affermato, richiamando testualmente la sentenza, che le eccezioni d'illegittimità costituzionale delle norme civilistiche relative al matrimonio erano state risolte dalla pronuncia della Corte Costituzionale n. 138 del 2010.

Ha aggiunto che l'eccezione fondata sul parametro relativo all'art. 22 Cost. è del tutto infondata non essendo le norme ordinarie che regolano l'istituto matrimoniale rivolte a cagionare la privazione per motivi politici della capacità giuridica. Tali norme si limitano a stabilire le condizioni per l'esercizio del diritto al matrimonio.

Ha precisato che non vi è ragione per la rimessione di alcuna questione alla Corte di Giustizia di Lussemburgo dal momento che sia l'art. 12 Cedu che l'art. 9 della Carta di Nizza rinviavano alla discrezionalità legislativa dei singoli Stati per la scelta e la disciplina dei modelli matrimoniali.

Infine la sentenza della Cedu *Schalk e Kopf contro Austria* ha confermato che il matrimonio omosessuale non rientra tra le garanzie della Convenzione. Ha in particolare evidenziato che le unioni omosessuali si trovano in una situazione simile a quella delle coppie eterosessuali quanto all'esigenza di riconoscimento e protezione giuridica della relazione, ma non ne sono discriminate né sotto il profilo dell'art. 8, né dell'art. 14, né dell'art. 12 perché queste norme non obbligano gli Stati contraenti a consentire l'accesso al matrimonio.

Avverso tale pronuncia hanno proposto ricorso per cassazione AA e DP affidandosi a tre motivi.

omissis

Motivi della decisione

I ricorrenti preliminarmente evidenziano che la questione sottoposta all'esame della Corte è nuova, avendo ad oggetto il rifiuto di procedere alle pubblicazioni matrimoniali e non alla trascrizione di un titolo estero. Inoltre chiariscono che la sentenza n. 4184 del 2012 di questa Corte ha stabilito che la nozione di matrimonio da accogliere nel nostro ordinamento comprende anche il matrimonio tra persone dello stesso sesso, superando l'impianto della pronuncia della Corte Cost. n. 138 del 2010. Devono, pertanto, ritenersi sussistenti le condizioni per la messa in discussione della tenuta costituzionale della regola dell'assoluta discrezionalità del legislatore nazionale in questa materia. Alla luce della giurisprudenza sopravvenuta e dei nuovi contributi della dottrina devono, pertanto, secondo le parti ricorrenti, essere riverificate le questioni di legittimità costituzionale già esaminate e quelle nuove.

Nel primo motivo di ricorso viene dedotta la violazione degli artt. 1, 3, 10, 117, primo comma, Cost.; art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e 12 della Cedu per avere la Corte d'Appello fondato la propria decisione sulla ineludibilità della differenza di sesso tra i nubendi superata invece dalla sentenza n. 4184 del 2012 che ha espressamente affermato "l'art. 12 Cedu ha privato di rilevanza giuridica la diversità di sesso tra i nubendi dovendo tale norma essere interpretata secondo quanto stabilito dalla Corte di Strasburgo alla luce dell'art. 9 della Carta di Nizza".

Tale novità, secondo i ricorrenti, impone di riconsiderare l'impianto della sentenza n. 138 del 2010 della Corte Costituzionale proprio con riferimento ai parametri interposti costituiti dai citati artt. 12 Cedu e 9 Carta di Nizza. Il paradigma eterosessuale secondo i ricorrenti si è sgretolato grazie all'appartenenza dell'Italia a un sistema multilivello di tutela dei diritti. Tale sistema ha introdotto nel nostro ordinamento una nozione di matrimonio che comprende quello omosessuale. La mera riconduzione delle unioni omosessuali nell'art. 2 Cost. al fine di escludere il diritto al matrimonio determina un grave deficit di tutela dal momento che l'unione coniugale genera un fascio di diritti complessi e stratificati, per ottenere i quali allo stato occorre rivolgersi alla Corte Costituzionale o al giudice, con il rischio quanto meno di un'enorme frantumazione e contrazione dell'esercizio dei diritti stessi. Non può, pertanto, affermarsi una totale discrezionalità del legislatore a fronte di due assunti incontrovertibili: la nozione di matrimonio è diventata *gender neutral* e il diritto al matrimonio ha natura di diritto fondamentale. Se il legislatore ordinario può disporre liberamente di questo diritto può anche privarlo di efficacia.

Nel secondo motivo di ricorso viene dedotta la violazione delle medesime norme per avere la Corte d'Appello ritenuta la necessità di un intervento legislativo per fondare il diritto a contrarre matrimonio. Le ragioni che hanno determinato la Corte Costituzionale a indicare come obbligata la strada legislativa non sono le stesse indicate da Cass. n. 4184 del 2012. In questa ultima pronuncia la riserva assoluta di legislazione è fondata sugli artt. 12 Cedu e 9 Carta dei diritti fondamentali, secondo l'interpretazione della Corte di Strasburgo. La lettura originalista dell'art. 29 Cost. è stata sostanzialmente superata dalla giurisprudenza di legittimità in quanto ispirata dai principi Cedu e della Carta di Nizza. La vincolati-

vità dei principi Cedu impone di ritenere il matrimonio tra persone dello stesso sesso come una realtà del nostro paese ma nonostante queste premesse si giustifica la mancanza di garanzia, rimettendosi per essa alla discrezionalità legislativa. L'art. 2 Cost. pone un'esigenza di simultaneità tra riconoscimento e garanzia che l'interpretazione della giurisprudenza di legittimità vanifica. Non può, pertanto, condividersi l'assunto della Corte d'Appello secondo il quale l'estensione per via giurisdizionale del matrimonio tra persone dello stesso sesso determinerebbe una compressione ingiustificata della discrezionalità legislativa, dal momento che tale discrezionalità può svolgersi in modo molto circoscritto.

Nel terzo motivo viene dedotta l'illegittimità costituzionale degli artt. 107, 108, 143, 143 bis, 143-ter, 156-bis cod. civ. rispetto agli artt. 2, 3, 10, secondo comma, 22, 29, 117, primo comma, Cost. e 9 e 21 della carta di Nizza, nonché degli artt. 12 e 14 Cedu sulla base delle seguenti argomentazioni

a) La Corte Costituzionale nella sentenza n. 138 del 2010 non ha valutato il parametro dell'art. 2 Cost. con riferimento agli artt. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e 12 della Cedu.

Tale specifico profilo deve essere nuovamente sottoposto al vaglio della Corte Costituzionale ove non si ritenga vi siano già gli elementi per un'interpretazione costituzionalmente orientata.

b) Gli artt. 2 e 3 Cost. devono essere considerati unitariamente al fine di verificare se non vi sia un'ingiustificata lesione del diritto al matrimonio sulla base di una mera condizione personale. Se il diritto al matrimonio è un diritto fondamentale (la sentenza n. 138 del 2010 non ne fa espressa menzione) lo Stato non può disconoscerne il godimento se non a fronte di un interesse prevalente; non può sostituirsi al titolare del diritto nella scelta delle modalità del suo esercizio, non può ingiustificatamente contrarre questa rilevante espressione della libertà personale. Deve esserci l'esigenza dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario per poterlo sacrificare. Tale interesse non ricorre e non può trarsi dalla concezione originalista dell'art. 29 Cost. del tutto anacronistica. Nella dimensione antidiscriminatoria dell'invocata estensione del diritto al matrimonio deve tenersi conto anche del principio di tutela delle minoranze. Il matrimonio determina uno *status* dotato di una componente di dignità pubblica imprescindibile per l'autodefinizione personale.

Infine il divieto di contrarre matrimonio equipara le coppie dello stesso sesso agli interdetti, il che contrasta anche con l'art. 22 Cost.

In sintesi la rimessione alla Corte Costituzionale dovrebbe aversi per violazione del diritto all'autodeterminazione nelle scelte matrimoniali (art. 2 Cost.) per violazione della dignità sociale delle persone omosessuali che vivono stabilmente una condizione di coppia (art. 3);

- per violazione del divieto di discriminazione delle persone in ragione di una condizione meramente personale (Art. 3 Cost., 21 carta di Nizza, 12 e 14 Cedu, art. 10, primo comma e 117 Cost);

- per violazione del diritto a contrarre matrimonio in condizioni di uguaglianza con le persone non omosessuali (art. 2, 3, 29 Cost.)

- per restrizione della capacità di diritto pubblico che deriva dal divieto (art. 22 Cost.);

Le norme censurabili sono gli artt. 107, 108, 143, 143-bis, -ter, 156 bis cod. civ.

I primi due motivi di ricorso possono essere trattati congiuntamente in quanto logicamente connessi.

In primo luogo deve osservarsi che la questione relativa alla legittimità e conformità costituzionale del diniego di procedere alle pubblicazioni matrimoniali relative ad un'unione tra due persone dello stesso sesso è identica a quella già affrontata dalla Corte Costituzionale n. 138 del 2010.

E' necessario, pertanto, richiamare preliminarmente i principi stabiliti in questa pronuncia al fine di accertare se siano intervenuti orientamenti successivi da parte della Corte europea dei diritti umani o dalla stessa Corte Costituzionale, in pronunce successive che possano determinare, anche alla luce di alcune opzioni dottrinali, soluzioni diverse.

In particolare, seguendo lo sviluppo argomentativo dei motivi di ricorso, è necessario verificare se, contrariamente a quanto affermato nella pronuncia sopra indicata, possa pervenirsi all'affermazione della configurabilità giuridica di un'unione matrimoniale tra persone dello stesso sesso, senza l'intervento del legislatore ordinario, e se l'assenza di tale istituto sia compatibile con il sistema costituzionale integrato attuale dei diritti fondamentali.

La sentenza n. 138 del 2010 ha affermato che l'art. 12 Cedu e l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea lasciano al legislatore nazionale di stabilire forme e disciplina giuridica delle unioni, tra persone dello stesso sesso. Tali scelte rientrano pienamente nel margine di discrezionalità dei singoli stati, dovendosi escludere, per questa specifica tipologia di unioni l'imposizione di un modello normativo unico da trarre dal paradigma matrimoniale. Secondo la Corte Costituzionale "Ulteriore riscontro di ciò si desume dall'esame delle scelte e delle soluzioni adottate da numerosi Paesi che hanno introdotto, in alcuni casi, una vera e propria estensione alle unioni omosessuali della disciplina prevista per il matrimonio civile oppure, più frequentemente, forme di tutela molto differenziate e che vanno dalla tendenziale assimilabilità al matrimonio delle dette unioni fino alla chiara distinzione, sul piano degli effetti, rispetto allo stesso".

Deve, pertanto, escludersi, secondo la sentenza n. 138 del 2010, che la mancata estensione del modello matrimoniale alle unioni tra persone dello stesso sesso determini una lesione dei parametri integrati della dignità umana e dell'uguaglianza, i quali assumono pari rilievo nelle situazioni individuali e nelle situazioni relazionali rientranti nelle formazioni sociali costituzionalmente protette ex art. 2 e 3 Cost. Per formazione sociale secondo la Corte "deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, quale stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri. Si deve escludere, tuttavia, che l'aspirazione a tale riconoscimento (che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia) possa essere realizzata soltanto attraverso un'equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio". Nella pronuncia vi è, di conseguenza, l'espresso riconoscimento del rilievo costituzionale ex art. 2 delle unioni tra persone dello stesso sesso e si avverte l'esigenza di rimettere al legislatore "nell'esercizio della sua piena discrezionalità, d'individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni omosessuali", unitamente alla possibilità della Corte stessa d'intervenire a tutela di specifiche situazioni (com'è avvenuto per le convivenze *more uxorio*).

Il processo di costituzionalizzazione delle unioni tra persone dello stesso sesso non si fonda, contrariamente a quanto sostenuto dai ricorrenti, sulla violazione del canone antidiscriminatorio dettata dall'inaccessibilità al modello matrimoniale, ma sul riconoscimento di un nucleo comune di diritti e doveri di assistenza e solidarietà propri delle relazioni affettive di coppia e sulla riconducibilità di tali relazioni nell'alveo delle formazioni sociali dirette allo sviluppo, in forma primaria, della personalità umana. Da tale riconoscimento sorge l'esigenza di un trattamento omogeneo di tutte le situazioni che presentano un deficit od un'assenza di tutela dei diritti dei componenti l'unione, derivante dalla mancanza di uno statuto protettivo delle relazioni diverse da quelle matrimoniali nel nostro ordinamento.

Questo approdo non risulta modificato dai principi elaborati nelle successive pronunce della Cedue e nella sentenza n. 170 del 2014 della Corte Costituzionale.

La linea tracciata dalla Corte di Strasburgo in ordine al margine di apprezzamento degli Stati membri è rimasta coerente nelle sentenze *Schalk and Kopf c. Austria* del 24 giugno 2010, *Gas e Dubois c. Francia* del 15 marzo 2012 fino alla più recente *Hamalainen c. Finlandia* del 16 luglio 2014. L'art. 12, ancorché formalmente riferito all'unione matrimoniale eterosessuale, non esclude che gli Stati membri estendano il modello matrimoniale anche alle persone dello stesso sesso, ma nello stesso tempo non contiene alcun obbligo al riguardo. Nell'art. 8, che sancisce il diritto alla vita privata e familiare, è senz'altro contenuto il diritto a vivere una relazione affettiva tra persone dello stesso sesso protetta dall'ordinamento, ma non necessariamente mediante l'opzione del matrimonio per tali unioni.

Questa esigenza, unita all'insussistenza dell'obbligo costituzionale o convenzionale di estendere il vincolo coniugale alle unioni omoaffettive, è stata ribadita dalla sentenza n. 170 del 2014 della Corte Costituzionale, nella quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della disciplina normativa che fa conseguire in via automatica alla rettificazione del sesso lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio preesistente senza preoccuparsi di prevedere per l'unione divenuta omoaffettiva, un riconoscimento e uno statuto di diritti e doveri che ne consenta la conservazione in una condizione coerente con l'art. 2 Cost. (e 8 Cedue). La Corte evidenzia che il contrasto si determina per il "passaggio da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione di assoluta indeterminatezza (quale quella di tutte le relazioni tra persone dello stesso sesso nel nostro ordinamento n.d.r)". Ciò determina la necessità di un tempestivo intervento legislativo.

Peraltro, i principi sopra delineati hanno costituito il fondamento anche della pronuncia di rigetto della trascrizione di un matrimonio contratto all'estero tra persone dello stesso sesso di questa Corte (sent. n. 4184 del 2012). Nel nostro sistema giuridico di diritto positivo il matrimonio tra persone dello stesso sesso è inidoneo a produrre effetti perché non previsto tra le ipotesi legislative di unione coniugale. Il nucleo affettivo – relazionale che caratterizza l'unione omo-affettiva, invece, riceve un diretto riconoscimento costituzionale dall'art. 2 Cost. e mediante il processo di adeguamento e di equiparazione imposto dal rilievo costituzionale dei diritti in discussione può acquisire un grado di protezione e tutela equiparabile a quello matrimoniale in tutte le situazioni nelle quali la mancanza di una disciplina legislativa determina una lesione di diritti fondamentali scaturenti dalla relazione in questione. Per questa ragione la Corte di Cassazione ha escluso la contrarietà all'ordine pubblico del titolo matrimoniale estero pur riconoscendone l'inidoneità a produrre nel nostro ordinamento gli effetti del vincolo matrimoniale. L'operazione di omogeneizzazione può essere svolta dal giudice comune, e non soltanto dalla Corte costituzionale, in quanto tenuto ad un'interpretazione delle norme non solo costituzionalmente orientata, ma anche convenzionalmente orientata (Corte Cost. sent. n. 150 del 2012).

In conclusione, la legittimità costituzionale e convenzionale della scelta del legislatore ordinario in ordine alle forme ed ai modelli all'interno dei quali predisporre per le unioni tra persone dello stesso sesso uno statuto di diritti e doveri coerente con il rango costituzionale di tali relazioni conduce ad escludere il fondamento delle censure prospettate, non solo sotto il profilo della creazione giurisprudenziale dell'unione coniugale tra persone dello stesso sesso, risultando tale operazione ben diversa da quella consentita (Cass. 4184 del 2012) di adeguamento ed omogeneizzazione nella titolarità e nell'esercizio dei diritti, ma anche delle prospettate censure d'incostituzionalità.

Ugualmente infondato deve ritenersi il terzo motivo per quanto riguarda la dedotta lesione dell'art. 22 Cost., risultando per il resto sostanzialmente riconducibile alle altre due censure già esaminate.

Tale norma introduce il divieto di restrizione della capacità per motivi politici ed ha ad oggetto la capacità di diritto pubblico. Risulta r .di conseguenza, parametro di costituzionalità del tutto inapplicabile alla fattispecie.

Non vi è statuizione sulle spese processuali attesa la tardiva costituzione del Ministero dell'Interno finalizzata soltanto alla partecipazione all'udienza di discussione.

P.Q.M.

La Corte,
rigetta il ricorso.

omissis

Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenza del 20 luglio 2015, n. 15138.

RETTIFICA DEL SESSO – NECESSITÀ DELL'INTERVENTO CHIRURGICO – ESCLUSIONE

Per ottenere la rettificazione del sesso nei registri dello stato civile, l'adeguamento dei caratteri sessuali non implica necessariamente l'intervento chirurgico demolitorio quando, all'esito di un'accurata indagine giudiziaria, venga accertata la serietà ed univocità del percorso scelto dall'individuo e la completezza dell'approdo finale.

Riferimenti normativi:

Artt. 1 e 3 Legge n. 164/1982; art. 2, 3, 32 Cost.; art. 8 Cedu.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE PRIMA SEZIONE CIVILE

omissis
ha pronunciata la seguente
SENTENZA
sul ricorso 25318-2013
omissis

Svolgimento del processo

(...) aveva richiesto al Tribunale di Piacenza nel 1999 l'autorizzazione al trattamento medico-chirurgico per la modificazione definitiva dei propri caratteri sessuali primari al fine di ottenere la rettificazione dei caratteri anagrafici. Il Tribunale aveva accolto la domanda.

Dopo circa dieci anni è stata richiesta dal (...) la rettificazione dei propri atti anagrafici senza sottoporsi al trattamento chirurgico di adeguamento dei caratteri sessuali primari al genere femminile.

A sostegno della nuova domanda era stato rilevato che:

- che il ricorrente temeva le complicità di natura sanitaria;

- che nel frattempo aveva raggiunto un'armonia con il proprio corpo che lo aveva portato a sentirsi donna a prescindere dal trattamento anzidetto.

Il Tribunale riteneva condizione sufficiente ma necessaria il trattamento chirurgico e respingeva la domanda.

Il (...) proponeva reclamo avverso tale pronuncia sulla base dei seguenti rilievi:

il reclamante riteneva che il trattamento chirurgico non poteva ritenersi necessario per ogni caso di rettificazione del sesso ma soltanto se finalizzato ad assicurare alla persona il benessere psico fisico;

la ratio della norma non doveva indentificarsi nella tutela della persona sotto il profilo della sua identità sessuale o di genere al fine di consentirle di superare una situazione patologica di contrasto tra il suo psichico e le condizioni anatomiche del corpo. La norma peraltro era stata introdotta al fine di scriminare in ambito penale un intervento chirurgico che diversamente avrebbe integrato un reato e sarebbe stato fonte di responsabilità per il sanitario.

Il trattamento del suo caso non solo non era necessario ma si rilevava anche dannoso per il timore radicato di conseguenze pregiudizievoli per la sua incolumità fisica, tenuto conto che negli anni, in conseguenza di numerosi trattamenti estetici e ormonali, aveva raggiunto la piena armonia con il proprio corpo; non vi era più conflitto tra il proprio sentire psichico e la condizione anatomica e non veniva,

di conseguenza, più avvertiva l'esigenza di assoggettarsi a un intervento chirurgico per realizzare la propria identità sessuale.

Aggiungeva il reclamante che la legge n. 164 del 1982 non prescriveva che i caratteri sessuali della persona potessero identificarsi in quelli primari e secondari limitandosi a richiederne il mutamento senza specificarne la tipologia, così da ritenere necessari l'adeguamento dei soli caratteri sessuali secondari.

In subordine venivano formulati dubbi sulla costituzionalità dell'art. 3 della l. n. 164 del 1982 sotto il profilo della violazione della dell'art. 2 (diritto all'identità di genere inteso come interesse della persona a vedere rispettato nei rapporti esterni ciò che la persona è e fa); violazione del diritto all'autodeterminazione (art. 2 Cost.) nella misura in cui il trattamento chirurgico fosse da ritenersi coattivo; violazione dell'art. 32 Cost. dal momento che la obbligatorietà del trattamento chirurgico può esporre la persona a conseguenze lesive della sua integrità psico-fisica; violazione degli articoli 1 e 3 della Carta di Nizza nonché degli art. 8 e 14 CEDU quali parametri di costituzionalità ai sensi dell'art. 117 Cost.

Nel giudizio di appello veniva disposta CTU sulle condizioni psicosessuali del reclamante, affidate a due diversi consulenti, al fine di accertare se potessero ritenersi integrati i caratteri sessuali del genere femminile.

La Corte di Appello ha respinto il reclamo sostenendo:

in biologia si distinguono i caratteri sessuali primari dai secondari, identificandosi i primi, con gli organi genitali e riproduttivi, ossia con l'aspetto strettamente anatomico della persona umana, ed i secondi con altre caratteristiche fisiche e psichiche, quali la conformazione del corpo ai suoi diversi tratti, il timbro della voce, gli atteggiamenti e i comportamenti esteriori e percepibili a terzi.

Il reclamante ha completato il percorso di modifica dei suoi caratteri sessuali secondari, conseguito attraverso diversi e ripetuti trattamenti estetici anche chirurgici (rinoplastica, mastoplastica additiva e incisive terapie ormonali).

I consulenti concordemente hanno ritenuto che il reclamante abbia ottenuto una consolidata modifica dei caratteri sessuali secondari e abbia raggiunto sul piano psichico il convincimento oramai radicato di appartenenza al genere femminile senza avvertire il contrasto con la sua realtà anatomica e la necessità di sottoporsi all'intervento chirurgico di amputazione dei genitali maschili e di ricostruzione dell'organo genitale femminile. La consulenza medica ha accertato che la somministrazione di ormoni femminilizzanti ha determinato un quasi azzeramento dell'attività testicolare come si evince dalle ridotte concentrazioni sieriche di testosterone e ha concluso che le caratteristiche femminili siano da ritenersi integrate con l'identità psicofisica del (...) "da ritenersi per lo più irreversibili se non attraverso complessi interventi farmacologici e chirurgici".

Deve, tuttavia, rilevarsi che l'interpretazione letterale dell'art. 1 della l. n. 164 del 1982 laddove individua il presupposto della rettificazione dell'atto di nascita nella modificazione dei caratteri sessuali tout court della persona induce a ritenere che il legislatore abbia ritenuto necessaria la modificazione sia dei caratteri sessuali primari che secondari.

L'elaborato medico concludendo per il "quasi azzeramento" e per la modificazione "per lo più" irreversibile esclude che le funzioni sessuali siano del tutto scomparse e ritenuto che quelle femminili risultino imm modificabili. In particolare, secondo la Corte territoriale, non è esclusa la possibilità di un'ulteriore modifica futura. L'inclusione anche dei caratteri sessuali primari è giustificata dall'interpretazione storica sistematica.

Nonostante il carattere fortemente innovativo della l. n. 164 del 1982 è rimasta ferma la indispensabilità del mutamento di tutti i caratteri sessuali proprio alla luce di una nozione complessa di identità di genere che non può trascurare il fattore anatomico biologico nel tentativo di ricomporre l'equilibrio tra soma e psiche così come indicato dalla Corte costituzionale. Per queste ragioni, l'art. 3 prevede espressamente il trattamento medico chirurgico quale mezzo di adeguamento dei caratteri sessuali.

Pur dovendosi riconoscere che la norma in questione contempla l'operazione chirurgica quale intervento non indefettibile, facendo uso dell'avverbio "quando" deve ritenersi che tale precisazione vada calata nello specifico contesto storico nel quale è stata emanata la legge, così ponendosi in rilievo la sua esclusiva funzione di sanare la situazione di chi a un intervento demolitorio-ricostruttivo si era già sottoposto o non ne aveva bisogno per ragioni congenite.

Tale interpretazione non è in contrasto con l'intento del legislatore di tutelare la salute della persona sia perché l'intervento viene vissuto come una sorta di liberazione ponendo fine all'angoscia dettata dal contrasto tra condizione anatomica e condizione psichica, svolgendo pertanto una funzione terapeutica, sia perché il trattamento pur cruento è preceduto da autorizzazione giudiziale posta proprio a tutela della fattibilità di esse.

Anche i dubbi di costituzionalità posti in via da gradata sono da disattendere, secondo la Corte di Appello.

Da escludere la violazione dell'art. 32 Cost. dal momento che la norma non impone alcun trattamento chirurgico, rendendolo meramente facoltativo, essendo finalizzata ad assicurare la possibilità dell'intervento a tutela del soggetto che lo richieda per evitare conseguenze sanzionatorie a carico suo e

dei sanitari. Peraltro, ove il soggetto non voglia sottoporsi al predetto trattamento chirurgico, la norma non gli preclude di vivere la propria transessualità senza la rettificazione dello stato civile.

Da escludere anche la violazione dell'art. 2 Cost. Il reclamante sembra richiedere di appartenere non al genere femminile ma a un terzo genere, caratterizzato dalla presenza di caratteri sessuali primari e secondari di entrambi i generi che non può, allo stato attuale, trovare spazio nel nostro ordinamento neppure si voglia dilatare al massimo la nozione di persona umani e di diritto all'identità sessuale, racchiuso nell'art. 2 Cost.

omissis

Motivi della decisione

Nel primo motivo di ricorso viene dedotta la violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 3 della l. n. 164 del 1982 per avere la Corte di Appello ritenuto necessario al fine di chiedere la rettificazione degli atti dello stato civile la modificazione chirurgica dei caratteri sessuali primari.

Il reclamante evidenzia che sia l'interpretazione seguita dalla Corte di Appello e di una parte della giurisprudenza di merito sia l'interpretazione che ritiene meramente eventuale l'operazione di modifica dei caratteri sessuali primari siano plausibili.

Non è pertanto del tutto vero che l'interpretazione testuale delle norme applicabili conduca alla conclusione scelta dalla Corte di Appello.

Il fenomeno del transessualismo ha subito delle mutazioni da quando è entrata in vigore la l. n. 164 del 1982. Vi sono persone transessuali che sono biologicamente di sesso maschile e viceversa. La scoperta dell'identità di genere costituisce un percorso che, grazie al minor stigma sociale, prende spesso avvio già in età preadolescenziale e si compone di terapie ormonali, chirurgia estetica, sostegno psicoterapeutico. Lo stesso disturbo dell'identità di genere non è più menzionato nel DSM V (il manuale statistico diagnostico delle malattie mentali) ma si fa soltanto riferimento alla "disforia di genere". Allo stato attuale si possono individuare tre componenti dell'identità di genere: il corpo, l'auto-percezione e il ruolo sociale. L'apparenza fisica non può essere slegata dall'auto-percezione e dalla relazione che si sviluppa con la società e con le sue norme comportamentali concernenti la sfera della sessualità in un'interazione costante tra cervello, corpo, esperienza. La più aggiornata concettualizzazione del transessualismo si richiama a un paradigma complesso in base al quale l'interazione di fattori biologici, psicologici e sociali influenza la costruzione dell'identità di genere. La chirurgia in tale prospettiva non è la soluzione ma solo un eventuale ausilio per il benessere della persona. Se si perde di vista questa prospettiva socioculturale da cui emerge la domanda di giustizia non si può procedere a una corretta interpretazione delle norme. In conclusione un'interpretazione letterale che non tenga conto dell'evoluzione scientifica e della conoscenza del fenomeno del transessualismo, preso in considerazione dal legislatore 30 anni orsono, finisce per tradire la ratio della legge, ben espressa dalla sentenza della Corte costituzionale n. 161 del 1985 che richiamandosi all'art. 2 Cost. riteneva espressione dei doveri di solidarietà sociale rispettare le persone transessuali nel loro desiderio di vivere armoniosamente il loro essere in relazione con gli altri anche attraverso la modificazione degli atti anagrafici.

Nel secondo motivo viene dedotta la violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 3 della l. n. 164 del 1982 per avere la Corte di Appello ritenuto necessaria ai fini della rettificazione degli atti dello stato civile sia i caratteri sessuali primari che secondari.

La Corte di Appello, pur riconoscendo che il legislatore non ha precisato se a dover essere modificati debbano essere i caratteri sessuali primari o secondari, ritiene che sia evidente il riferimento implicito a quelli primari in quanto ci sarebbero fatti notori a differenziare i generi. L'interpretazione restrittiva assunta dalla Corte di Appello non viene condivisa per due ragioni:

restringe ingiustificatamente le ipotesi di godimento dei diritti fondamentali della persona, quali l'identità personale, l'autodeterminazione, l'integrità psicofisica e il benessere psicosociale;

è smentita da quanto normalmente avviene per le persone che transitano dal sesso femminile a quello maschile o per le persone per le quali è impossibile per le più disparate ragioni ricorrere all'intervento chirurgico.

La scelta di sottoporsi alla modificazione chirurgica dei caratteri sessuali primari non può che essere una scelta espressiva dei diritti inviolabili della persona, sacrificabili soltanto se vi siano interessi superiori di carattere collettivo da tutelare espressamente indicati dal legislatore. Il silenzio della legge sulla specificazione relativa ai caratteri sessuali da modificare costituisce un indicatore rilevante in ordine all'insussistenza d'interessi collettivi superiori.

Peraltro, l'interpretazione in questione può rendere non realizzabile la rettificazione degli atti dello stato civile per chi vuole transitare dal genere femminile a quello maschile dal momento che l'intervento di costruzione dell'organo genitale maschile non sempre è possibile per la frequenza di crisi di rigetto, oltre a determinare frequentemente problemi uro-genitali. Proprio in ragione di tali difficoltà la

giurisprudenza di merito non ritiene necessaria la fallo-plastica ma soltanto l'asportazione dell'utero e la riduzione del seno.

Ci possono, in conclusione, essere casi in cui l'adeguamento chirurgico non è possibile per ragioni di salute, trattandosi d'interventi invasivi e non ancora fondati su una tecnica chirurgica sicura. E' pertanto sempre necessario procedere al bilanciamento del diritto all'identità personale e dele diritto alla salute con una prevalenza del secondo sul primo, purché in presenza di una diagnosi di disforia di genere e di una modificazione certa dei caratteri sessuali secondari attraverso interventi di chirurgia estetica e terapie ormonali.

Nel terzo motivo viene dedotta la violazione e falsa applicazione dell'art. 3 l. n. 164 del 1982 con riferimento all'interpretazione accolta dalla Corte di Appello della locuzione "quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico chirurgico".

L'interpretazione rigorosamente ed esclusivamente originalista fornita dalla Corte di Appello, pur coerente con la fase storica dell'entrata in vigore della norma, attualmente non può più essere condivisa, alla luce delle attuali conoscenze scientifiche.

Accanto all'interpretazione della norma che ritiene necessario sempre l'adeguamento dei caratteri sessuali primari, vi è autorevole dottrina e giurisprudenza di merito che ne sottolinea il carattere eventuale, in quanto fondato sulla consapevolezza della mutata complessità del fenomeno del transessualismo così come riconosciuto dalle scienze psicosociali.

Nel quarto motivo di ricorso viene dedotto il vizio di omessa motivazione su un fatto decisivo per il giudizio nella parte in cui la Corte territoriale ha disatteso le conclusioni delle consulenze di ufficio, le quali hanno entrambe escluso la necessità dell'intervento chirurgico attesa la condizione di riequilibrio psicologico e sociale raggiunto del ricorrente.

Pur riconoscendo al giudice di merito la facoltà di discostarsi dalle conclusioni delle CTU deve evidenziarsi che nella specie non sono stati tenuti in nessun conto gli elementi di fatto emersi in modo univoco dalle indagini peritali, così come è stato ignorato come dal punto di vista scientifico attuale deve essere valutato il fenomeno del transessualismo. Ciò può cogliersi in particolare nel passaggio argomentativo della sentenza impugnata nel quale si afferma che l'intervento chirurgico è pur sempre considerato come una sorta di liberazione, senza tenere in alcun conto il contrario avviso, scientificamente giustificato, sostenuto nelle consulenze d'ufficio, una delle quali di carattere psicologico psichiatrico nella quale è stato sottolineato come il benessere raggiunto dalla persona nel caso di specie non potrebbe essere incrementato da un'operazione chirurgica non desiderata.

Nel quinto motivo viene dedotta la violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della l. n. 164 del 1982 per avere la Corte di Appello affermata la necessità dell'intervento chirurgico di adeguamento dei caratteri sessuali in caso di non sterilità del richiedente.

la Corte di Appello ha ritenuto che le conclusioni della CTU endocrinologica di "quasi azzeramento delle funzioni sessuali maschili" non siano rassicuranti in ordine al profilo della sterilità. Da ciò la necessità dell'intervento chirurgico. L'interpretazione in questione è censurabile in quanto, da un lato, non giustificata dal testo della legge, dall'altro in contrasto con il pacifico principio costituzionale d'impossibilità d'imporre un qualsiasi trattamento sanitario che violi la dignità umana.

In conclusione essere sterile non può essere una condizione ineliminabile per la rettificazione degli atti anagrafici e ciò perché: la legge non lo prevede espressamente; il giudice non può aggiungere tale condizione attesa la riserva di legge di cui all'art. 32 Cost.; in ogni caso sarebbe violata la dignità della persona umana.

Si censura in particolare la parte di sentenza nella quale la Corte afferma che dopo il riconoscimento dell'appartenenza al genere femminile, attesa la non completa irreversibilità del processo, si potrebbe nuovamente sesso.

Nel sesto motivo di ricorso viene dedotto il vizio di motivazione per non avere la Corte di Appello tenuto conto del fatto che la fissazione dell'identità di genere sul piano psicologico è definitiva.

Il giudice in tal modo travalica i suoi poteri ritenendo inopportuno ciò che il legislatore non ha neanche preso in considerazione.

Tale affermazione inoltre è del tutto contrastante in modo acritico con le conclusioni di entrambe le CTU le quali sono concordi nell'affermare che l'identità di genere è stata definitivamente fissata ed è stabile. L'astratta possibilità che si possano porre in atto terapie e trattamenti di ripristino di un'apparenza maschile contrasta con la determinazione di una persona che da 25 anni si comporta come una persona di sesso femminile.

Infine vengono indicati in via gradata i profili d'incostituzionalità dell'interpretazione fatta propria dalla Corte di Appello, ove si ritenesse l'unica prospettabile.

a) Contrasto dell'art. 3 l. n. 164 del 1982 abrogato ma considerato applicabile *ratione temporis* e dell'art. 31 d.lgs. n. 150 del 2011 con l'art. 2 Cost. su cui è fondato il diritto all'identità personale e l'art. 3 Cost. su cui è fondato il diritto inviolabile alla dignità sociale.

L'identità di genere è un profilo relevantissimo, anzi costitutivo dell'identità personale. Lo Stato non può incidere in senso restrittivo sull'esplicazione di tale profilo a meno che non vi siano interessi superiori da tutelare. Tali non possono essere né la certezza delle relazioni giuridiche né la diversità sessuale delle relazioni familiari non più considerati né nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea né nella Convenzione europea dei diritti umani un presupposto naturalistico del negozio matrimoniale.

L'espressione identità di genere è da poco entrata nel nostro ordinamento attraverso la Direttiva 2011/95/UE che ha previsto nel trentesimo considerando "l'identità di genere" tra gli aspetti connessi al sesso del richiedente che possono essere motivi di persecuzione. Ha, pertanto, assunto il rilievo di una caratteristica peculiare dell'individuo attinente all'espressione dell'identità personale. Non può pertanto condividersi l'assunto della Corte territoriale secondo il quale il ricorrente può vivere tranquillamente la propria transessualità anche senza la rettifica dei dati anagrafici. Deve al contrario ritenersi fortemente lesivo del diritto costituzionale all'identità personale dover evidenziare il contrasto tra dati anagrafici e la rappresentazione esterna (oltre che la percezione interiore) di un genere diverso.

L'interpretazione prescelta nella sentenza impugnata conduce pertanto a un bivio insolubile. Per godere pienamente del diritto all'identità personale è necessario sottoporsi a un intervento chirurgico potenzialmente pericoloso, per tutelare la propria salute è necessario sacrificare il diritto all'identità personale. L'intervento di adeguamento diventa pertanto un trattamento sanitario obbligatorio laddove il diritto all'autodeterminazione è inviolabile e non può essere compreso neanche da uno dei tre poteri dello Stato, nel senso che alcuno potrà sostituirsi al ricorrente per stabilire se sia o meno opportuno modificare i propri caratteri sessuali primari al fine di vedere rispettata anche dai terzi la propria identità personale.

b) Contrasto dell'art. 3 l. n. 164 del 1982 e del citato art. 31 d.lgs. n. 150 del 2011 con l'art. 32 Cost. l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e 3 della Convenzione europea dei diritti umani in quanto interpretato nel senso che l'operazione chirurgica sia sempre necessaria per ottenere la rettificazione dei dati anagrafici. Tale interpretazione viola il diritto fondamentale alla salute sia perché espone la persona a un intervento pericoloso e incerto nell'esito sia perché determina un'alterazione dell'equilibrio psicologico della persona sia infine perché il concetto di salute non coincide con quello d'integrale benessere della persona. L'Organizzazione mondiale della sanità accede a un concetto di salute allargato che si fonda sul benessere fisico, psichico e sociale. L'imposizione dell'intervento chirurgico ogni qual volta venga diagnosticata una disforia di genere significa non tenere conto della pluralità degli elementi che compongono la salute e dell'incidenza negativa che sul benessere e l'equilibrio psico-fisico raggiunto rispetto alla propria identità tale obbligo determini. Inoltre l'intervento chirurgico non è altro che un trattamento sanitario inumano e degradante ove non sia necessario. L'autorizzazione giudiziale non ne elimina il contrasto con il diritto alla salute come ha ritenuto la Corte di Appello attribuendo alla predetta autorizzazione una funzione che non ha la necessità dell'intervento per la rettifica dei dati anagrafici espone la persona all'alternativa di salvaguardare o la sua salute psichica (obbligandola a un trattamento e a una modifica corporea che non vuole) o quella fisica (non esponendosi ai rischi dell'intervento) con la lesione ingiustificata della parte sacrificata.

c) Contrasto del citato art. 3 l. n. 164 del 1982 e 31 d.lgs. n. 150 del 2011 in relazione agli artt. 32, secondo comma, Cost. e 1 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. L'imposizione mediante una sentenza di un trattamento sanitario obbligatorio è lesivo della predetta dignità e del principio che permea i diritti costituzionali fondamentali del primato della persona.

I primi sei motivi di ricorso in quanto logicamente connessi possono essere trattati congiuntamente.

E' necessario in via preliminare esaminare analiticamente le norme di diritto positivo interno applicabili nella specie, dovendo partire qualsiasi esame ermeneutico dal loro significato testuale e lessicale. Tale indispensabile indagine ne potrà evidenziare la linearità o l'equivocità, l'ambiguità o la chiarezza e determinare, di conseguenza, l'esigenza di procedere alla loro interpretazione alla luce dei principi costituzionali e di provenienza CEDU (così come declinati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo) che regolano il catalogo aperto dei diritti inviolabili della persona, dal momento che tale preminente rilievo ha il diritto a autodeterminarsi in ordine all'identità di genere, (art. 2, 3, 32 Cost.; art. 8 Cedu) ancorché da non intendersi, secondo il costante insegnamento della Corte EDU, in tema d'interpretazione del diritto alla vita privata e familiare, come assoluto e insuscettibile di condizioni e limiti al suo esercizio. La riconduzione del diritto al cambiamento di sesso nell'area sopra delineata dei diritti inviolabili della persona è stata sancita dalla sentenza n. 161 del 1985 della Corte costituzionale secondo la quale *"la legge n. 164 del 1982 si colloca, dunque, nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale"*.

E' necessario secondo tali incisive indicazioni che l'interpretazione della l. n. 164 del 1982 tenga conto dell'iscrizione del diritto al riconoscimento dell'identità di genere in *"una civiltà giuridica in continua evoluzione"* in quanto soggetta alle modificazioni dell'approccio scientifico, culturale ed etico alle

questioni inerenti, nella specie, alle domande di mutamento di sesso e al fenomeno del transessualismo e più in genere e alla sfera dell'identità personale.

L'art. 1 della l. n. 164 del 1982 stabilisce che la rettificazione di sesso si fonda su un accertamento giudiziale passato in giudicato che attribuisca a una persona di sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita "a seguito d'intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali".

L'art. 3, abrogato nella sua originaria formulazione per effetto dell'art. 24 comma 39 del d.lgs. n. 150 del 2011, è attualmente trasfuso, senza variazioni testuali, nel quarto comma dell'art. 31 del d.lgs. n. 150 del 2011 e stabilisce che "quando risulta necessario" un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico il tribunale lo autorizza. Il procedimento non è più bifasico nel senso che non richiede, dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2011, due pronunce, una, volta all'autorizzazione sopra indicata, e l'altra, finalizzata dalla modificazione dell'attribuzione di sesso.

Fin dall'entrata in vigore della l. n. 164 del 1982, la dottrina, sottolineando unanimemente il carattere fortemente innovativo della nuova disciplina normativa, anche rispetto al coevo panorama europeo si è interrogata sull'effettivo contenuto delle due norme sopra descritte, dal momento che sul piano testuale essere non contenevano l'obbligo indefettibile di procedere alla mutazione dei caratteri sessuali anatomici primari mediante trattamento chirurgico come, invece, poteva riscontrarsi nelle normative di altri paesi europei.

Sarà, di conseguenza, preliminarmente necessario verificare se si possono prospettare soluzioni interpretative diverse e alternative, in ordine alla necessità della modifica preventiva per via chirurgica dei caratteri sessuali primari o se, invece, nonostante il richiamo a clausole "in bianco" quali "quando risulti necessario" e onnicomprensive quali "caratteri sessuali", le norme abbiano un contenuto precettivo univoco, ed infine, in tale seconda ipotesi, se tale contenuto sia compatibile con i parametri costituzionali e convenzionali che sorreggono il riconoscimento del diritto all'identità di genere.

L'esame degli apparati normativi di paesi europei, caratterizzati da una cultura giuridica e da una sensibilità costituzionale analoga alla nostra può costituire un utile punto di partenza per l'indagine da svolgere. In Germania, secondo l'originaria prescrizione normativa, per procedere alla effettiva rettificazione di sesso (cd. grande soluzione, "gross losung") e non solo al cambiamento di nome (cd. piccola soluzione, "kleine losung" per la quale la legge riteneva sufficiente il trattamento ormonale) erano necessarie l'incapacità di procreare e un intervento chirurgico in grado di avvicinare il più possibile le caratteristiche sessuali della persona a quelle dell'altro sesso. La Corte costituzionale tedesca, nel 2008, ha ritenuto "imprevedibili" (l'espressione tedesca tradotta in forma sostanzialmente letterale è *unzumutbar*) tali condizioni per il mutamento di sesso. Analogamente l'Austria con una pronuncia del Tribunale amministrativo federale coeva ha stabilito che l'intervento chirurgico, così invasivo, quale quello richiesto per l'eliminazione delle caratteristiche sessuali primarie "non può considerarsi necessario per un chiaro avvicinamento all'apparenza esteriore dell'altro sesso". La Corte Edu, infine, nella recente pronuncia del 10 marzo 2015 (caso *YY contro Turchia*) ha stabilito che non può porsi come condizione al cambiamento di sesso la preventiva capacità di procreare da realizzarsi ove necessario mediante intervento chirurgico di sterilizzazione ostandovi il diritto alla vita privata e familiare e alla salute. La Corte Edu perviene alla decisione dopo un'ampia panoramica delle normative dei paesi aderenti e rilevando come anche grazie ai rapporti delle Nazioni Unite (17 marzo 2011) e dello stesso Consiglio d'Europa (nel 2009 e nel 2011) si sia data sempre maggiore rilevanza al profilo del diritto alla salute nel riconoscimento del diritto al mutamento di sesso e nell'operazione di bilanciamento d'interessi da svolgere.

Come già rilevato, nella legge n. 164 del 1982, non sono previste precondizioni espresse relative allo stato (libero) del richiedente o all'incapacità procreativa. Il mutamento richiesto riguarda i "caratteri sessuali" senza specificazioni, nonostante la conoscenza al momento della sua entrata in vigore, dell'esistenza delle due tipologie dei caratteri sessuali, i primari ed i secondari. Nel successivo art. 3 del d.lgs. n. 150 del 2011, è stabilito che l'adeguamento di tali caratteri mediante trattamento medico chirurgico deve essere autorizzato "quando risulta necessario". L'esame congiunto delle due norme consente, quanto meno sul piano testuale, di escludere che, come invece riscontrato nel sistema normativo originario tedesco ed austriaco, si possano identificare limitazioni normative preventive al riconoscimento del diritto. Tale rilevante differenza ha giustificato nel sistema tedesco ed austriaco la necessità del diretto intervento repressivo delle predette condizioni da parte delle Corti al fine di ristabilire la compatibilità del regime di diritto positivo con i parametri costituzionali. Nel sistema creato con la l. n. 164 del 1982 tale correzione "chirurgica" non è imposta dal testo delle norme in esame, essendo sufficiente procedere a un'interpretazione di essere che si fondi sull'esatta collocazione del diritto all'identità di genere all'interno dei diritti inviolabili che compongono il profilo personale e relazionale della dignità personale e che contribuiscono allo sviluppo equilibrato della personalità degli individui, mediante un adeguato bilanciamento con l'interesse di natura pubblicistica alla chiarezza nella identificazione dei generi sessuali e delle relazioni giuridiche ma senza ricorrere a trattamenti ingiustificati e discriminatori, pur rimanendo ineludibile un rigoroso accertamento della definitività della scelta sulla base dei criteri desumibili dagli approdi attuali e condivisi dalla scienza medica e psicologica.

In primo luogo, pertanto, deve escludersi, anche in sede d'interpretazione logica, che l'esame integrato degli artt. 1 e 3 della l. n. 164 del 1982 conduca univocamente a ritenere necessaria la preventiva demolizione (totale o parziale) dei caratteri sessuali anatomici primari. La diversa conclusione della Corte di Appello non risulta condivisibile per due ragioni. In primo luogo, non può ritenersi che l'art. 1, non specificando se i caratteri sessuali da mutare siano primari o secondari, si sia riferito soltanto ai primi perché anche i secondari richiedono interventi modificativi anche incisivi come è emerso anche dalle consulenze tecniche d'ufficio disposte nel giudizio di merito (trattamenti ormonali di lungo periodo, interventi di chirurgia estetica modificativi di tratti somatici appartenenti al genere originario, interventi additivi o ricostruttivi quali quelli relativi al seno, in caso di mutamento dal genere maschile o femminile). Peraltro tale lettura è logicamente coerente con la successiva previsione dell'intervento chirurgico demolitivo dei caratteri sessuali anatomici primari "solo quando risulti necessario".

In secondo luogo l'interpretazione definita "storico-sistematica" dalla Corte di Appello non è condivisibile risultando fondata su una lettura esclusivamente storico-originalista, di carattere del tutto statico, del complesso normativo costituito dagli artt. 1 e 3 della legge n. 164 del 1982, in palese contrasto con la precisa indicazione contenuta nella sentenza n. 161 del 1985 della Corte costituzionale secondo la quale i diritti in gioco costituiscono parte integrante di una civiltà giuridica in continua evoluzione.

In particolare, non è sostenibile ritenere che l'esclusione dell'obbligo indefettibile della demolizione chirurgica, desumibile dalla locuzione "quando risulti necessario" possa essere spiegato, come ha ritenuto la Corte di Appello con l'esigenza di evitare l'intervento a chi lo avesse già subito prima dell'entrata in vigore della legge o non ne avesse necessità per ragioni congenite. L'impossibilità in natura di essere sottoposti a un intervento demolitorio chirurgico esclude in radice la necessità di una norma che possa anche solo astrattamente imporne l'esecuzione. L'interpretazione proposta, in conclusione, non è sostenibile perché priva di efficacia prescrittiva la previsione "quando risulti necessario".

Maggiore solidità deve riconoscersi al giudizio interpretativo fondato sul bilanciamento degli interessi in gioco, peraltro condiviso da una parte della giurisprudenza di merito.

Secondo tale opzione il diritto al mutamento di sesso può essere riconosciuto soltanto se non determini ambiguità nella individuazione soggettiva dei generi, e nella certezza delle relazioni giuridiche, non potendo l'ordinamento riconoscere un *tertium genus* costituito dalla combinazione di caratteri sessuali primari e secondari di entrambi i generi. Al fine di tutelare l'interesse pubblico alla esatta differenziazione tra i generi in modo da non creare situazioni relazionali (unioni coniugali o rapporti di filiazione) non previste attualmente dal nostro sistema di diritto familiare e filiale è necessario per il mutamento di sesso un irreversibile cambiamento dei caratteri sessuali anatomici che escluda qualsiasi ambiguità.

Il diritto a non sacrificare la propria sfera d'integrità psico-fisica e a non sottoporsi a un trattamento chirurgico di carattere oggettivamente invasivo e non privo di rischi all'esito di un percorso di riconoscimento del proprio genere caratterizzato da un processo di mutamento significativo se non irreversibile dei propri caratteri sessuali secondari, certificato da risultanze medico-psicologiche, deve comunque ritenersi recessivo secondo il bilanciamento d'interessi in conflitto prospettato dalla Corte territoriale.

Tale valutazione non risulta fondata su una corretta individuazione dei diritti costituzionali inviolabili che compongono la determinazione personale verso il mutamento di genere e in particolare non risulta colto dalla Corte territoriale l'intreccio tra autodeterminazione e ricorso a trattamenti medico-psicologici che accompagna il percorso di avvicinamento del "soma alla psiche" così efficacemente identificato dalla Corte costituzionale nella sentenza più volte richiamata.

La percezione di una "disforia di genere" (secondo la denominazione attuale del D.S.M. V, il manuale statistico diagnostico delle malattie mentali) determina l'esigenza di un percorso soggettivo di riconoscimento di questo primario profilo dell'identità personale né breve né privo d'interventi modificativi delle caratteristiche somatiche ed ormonali originarie. Il profilo diacronico e dinamico ne costituisce una caratteristica ineludibile e la conclusione del processo di ricongiungimento tra "soma e psiche" non può, attualmente, essere stabilito in via predeterminata e generale soltanto mediante il verificarsi della condizione dell'intervento chirurgico.

Negli anni '80, quando è entrata in vigore la legge n. 164 del 1982 il mutamento dei caratteri anatomici era ritenuto un requisito necessario per poter portare a termine il processo di mutamento del sesso. La stessa sentenza della Corte costituzionale n. 161 del 1985 ne riconosce l'importanza ma come mezzo risolto a porre fine a una situazione di "disperazione od angoscia" e, conseguentemente, entro tali confini soggettivi, come uno strumento liberatorio. Nella pronuncia viene costantemente in rilievo il profilo individuale della condizione drammatica e discriminatoria nella quale versava il transessuale prima dell'entrata in vigore della legge e l'esigenza di ripristinare la pluralità dei diritti costituzionali violati (artt. 2, 3, 32 Cost.).

Negli ultimi venti anni si è avuto un progressivo sviluppo della scienza medica e degli approdi della psicologia e della psichiatria parallelo alla crescita di una cultura, largamente condivisa a livello europeo, come evidenziato anche nell'ampia motivazione della sentenza della Corte Edu sopra richiamata,

della cultura dei diritti delle persone, particolarmente sensibile alle libertà individuali e relazionali che compongono la vita privata e familiare. Tale movimento ha influenzato l'emersione e il riconoscimento dei diritti delle persone transessuali, alle quali è stato possibile, diversamente che in passato, poter scegliere il percorso medico-psicologico più coerente con il personale processo di mutamento dell'identità di genere. Il momento conclusivo di tale percorso è individuale e certamente non standardizzabile attenendo alla sfera più esclusiva della personalità. Deve, tuttavia, evidenziarsi che il punto d'arrivo ovvero il desiderio di realizzare la coincidenza tra soma e psiche è, anche in mancanza dell'intervento di demolizione chirurgica, il risultato di un'elaborazione sofferta e personale della propria identità di genere realizzata con il sostegno di trattamenti medici e psicologici corrispondenti ai diversi profili di personalità e di condizione individuale. Il momento conclusivo non può che essere profondamente influenzato dalle caratteristiche individuali. Non può in conclusione che essere il frutto di un processo di autodeterminazione verso l'obiettivo del mutamento di sesso, realizzato mediante i trattamenti medici e psicologici necessari, ancorché da sottoporsi a rigoroso controllo giudiziale.

La complessità del percorso, in quanto sostenuto da una pluralità di presidi medici (terapie ormonali trattamenti estetici) e psicologici mette ulteriormente in luce l'appartenenza del diritto in questione al nucleo costitutivo dello sviluppo della personalità individuale e sociale, in modo da consentire un adeguato bilanciamento con l'interesse pubblico alla certezza delle relazioni giuridiche che costituisce il limite coerentemente indicato dal nostro ordinamento al suo riconoscimento. L'individuazione del corretto punto di equilibrio tra le due sfere di diritti in conflitto oltre che su un criterio di preminenza e di sovraordinazione, può essere ancorata al principio di proporzionalità. Tale parametro, elaborato dalla giurisprudenza della CEDU al fine di stabilire il limite dell'ingerenza dello Stato all'esplicazione del diritto alla vita privata e familiare (art. 8 CEDU, cfr. per una recente applicazione del principio la sentenza del 25 settembre 2002 *Godelli contro Italia* in tema di diritto all'accesso alle informazioni sulle proprie origini al figlio adottivo non riconosciuto) si fonda sulla comparazione tra il complesso dei diritti della persona e l'interesse pubblico da preservare mediante la compressione o la limitazione di essi. In particolare si richiede la valutazione della necessità del sacrificio di tali diritti al fine di realizzare l'obiettivo della certezza della distinzione tra i generi e delle relazioni giuridico-sociali.

Il canone della proporzionalità può, di conseguenza, costituire un utile indicatore ermeneutico nella scelta dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata degli artt. 1 e 3 della l. n. 164 del 1982.

Le illustrate caratteristiche del percorso individuale rivolto a comporre un carattere distintivo costitutivo dell'identità personale inducono a ritenere anche alla stregua delle coincidenti indicazioni della scienza medica e psicologica che il mutamento di sesso sia una scelta personale tendenzialmente immutabile, sia sotto il profilo della percezione soggettiva, sia sotto il profilo delle oggettive mutazioni dei caratteri sessuali secondari estetico-somatici e ormonali. La varietà del percorso soggettivo non è indice di facilità e superficialità del passaggio dall'uno all'altro genere sessuale, evidenziando soltanto la notevole complessità della scelta individuale, la sua maturazione tutt'altro che istantanea e la sua non riconducibilità a protocolli e trattamenti modificativi generali ed adeguati a qualsiasi situazione individuale.

Deve precisarsi, tuttavia, che il riconoscimento giudiziale del diritto al mutamento di sesso non può che essere preceduto da un accertamento rigoroso del completamento di tale percorso individuale da compiere attraverso la documentazione dei trattamenti medici e psicoterapeutici eseguiti dal richiedente, se necessario integrati da indagini tecniche officiose volte ad attestare l'irreversibilità personale della scelta.

Tali caratteristiche, unite alla dimensione tuttora numericamente limitata del transessualismo, inducono a ritenere del tutto coerente con i principi costituzionali e convenzionali un'interpretazione degli artt. 1 e 3 della l. n. 164 del 1982 che, valorizzando la formula normativa "quando risulti necessario" non imponga l'intervento chirurgico demolitorio e/o modificativo dei caratteri sessuali anatomici primari.

L'interesse pubblico alla definizione certa dei generi, anche considerando le implicazioni che ne possono conseguire in ordine alle relazioni familiari e filiali, non richiede il sacrificio del diritto alla conservazione della propria integrità psico-fisica sotto lo specifico profilo dell'obbligo dell'intervento chirurgico inteso come segmento non eludibile dell'avvicinamento del soma alla psiche. L'acquisizione di una nuova identità di genere può essere il frutto di un processo individuale che non ne postula la necessità, purché la serietà ed univocità del percorso scelto e la compiutezza dell'approdo finale sia accertata, ove necessario, mediante rigorosi accertamenti tecnici in sede giudiziale.

Nel caso di specie la duplice e uniforme risposta affermativa delle consulenze tecniche d'ufficio, fondata su di un'incontestata ricostruzione d'ufficio del percorso terapeutico del richiedente non lascia dubbi sulla radicalità della scelta di genere effettuata dalla parte ricorrente. Al riguardo la Corte territoriale non ha censurato né la valenza scientifica delle indagini eseguite né le conclusioni, ritenendo soltanto che la mancanza del trattamento chirurgico fosse di per sé sola ragione ostativa a ritenere irreversibile il mutamento ed accoglibile la domanda.

Ne consegue l'accoglimento dei primi sei motivi di ricorso e l'assorbimento delle censure relative ai quesiti di costituzionalità.

Non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, alla cassazione della sentenza impugnata segue la decisione nel merito di accoglimento della domanda proposta da (...) di rettificazione del sesso maschile e femminile con le conseguenziali annotazioni anagrafiche.

omissis

P.Q.M.

La Corte,

accoglie il ricorso. Cassa la sentenza impugnata e decidendo nel merito accoglie la domanda di rettificazione di sesso da maschile a femminile proposta da (...) ordinando agli ufficiali dello stato civile competenti le modifiche anagrafiche conseguenti.

omissis

Consiglio di Stato, sentenza del 26 settembre 2015.

MATRIMONIO FRA PERSONE DELLO STESSO SESSO CELEBRATO ALL'ESTERO – TRASCRIZIONE NEI REGISTRI DELLO STATO CIVILE – POTERE PREFETTIZIO DI ANNULLAMENTO – SUSSISTENZA – DIRITTO SOGGETTIVO ALLA TRASCRIZIONE – INSUSSISTENZA – MATRIMONIO TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO CELEBRATO ALL'ESTERO – INESISTENZA

Il matrimonio fra persone dello stesso sesso celebrato all'estero risulta inesistente per la mancanza di un elemento fondamentale per l'ordinamento italiano quale è la diversità di sesso dei nubendi, venendo meno anche un diritto soggettivo alla trascrizione del medesimo matrimonio. Spetta al Prefetto il potere di annullamento dell'eventuale trascrizione in virtù del potere gerarchico di sovraordinazione del Prefetto al Sindaco, quale ufficiale di governo delegato alla tenuta dei registri di stato civile, il quale "comprende, in sé, anche quello (generale) di autotutela sugli atti adottati *contra legem* dall'organo subordinato".

Riferimenti normativi:

Artt. 107, 108, 115, 143, 143-bis, 156-bis, 453 c.c.; artt. 27 e 28 legge 31 maggio 1995, n. 218; artt. 9, 16, 18, 54, e 64 d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396; art. 12 Cedue; art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea

IL CONSIGLIO DI STATO
in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4547 del 2015, proposto da:

Ministero dell'Interno, Prefetto di Roma, rappresentati e difesi per legge
dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi 12;

contro

Sindaco di Roma Capitale, rappresentato e difeso per legge dall'Rodolfo Murra,
domiciliato in Roma, Via del Tempio di Giove N.21;

(...) *omissis*;

per la riforma della sentenza breve del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE I TER n. 05924/2015, resa tra le parti, concernente trascrizioni nel registro dello stato civile di Roma Capitale dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero;

omissis

Fatto

Con la sentenza impugnata il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, dopo aver riconosciuto l'insussistenza di qualsivoglia diritto alla trascrizione negli atti dello stato civile di matrimoni tra coppie omosessuali celebrati all'estero (e, di conseguenza, la legittimità della circolare in data 7 ottobre 2014 con cui il Ministro dell'interno ne aveva stabilito l'intrascrivibilità in Italia), ha, nondimeno, giudicato il-legittimi (annullandoli, in parziale accoglimento del ricorso di primo grado) l'impugnato provvedimento con cui il Prefetto di Roma aveva decretato l'annullamento delle trascrizioni dei matrimoni celebrati all'estero dai ricorrenti e la presupposta, menzionata circolare (nella parte in cui invitava i Prefetti ad annullare dette trascrizioni), sulla base dell'assorbente rilievo per cui la rettifica o la cancellazione degli atti dello stato civile resta riservata in via esclusiva all'autorità giudiziaria ordinaria.

Avverso la predetta decisione proponeva appello il Ministero dell'interno, contestando la correttezza del gravato giudizio di illegittimità, sulla base delle argomentazioni difensive di seguito illustrate ed esaminate, e domandandone la riforma, con conseguente reiezione del ricorso di primo grado.

Resistevano gli originari ricorrenti, contestando la fondatezza dell'appello, difendendo la correttezza del giudizio di illegittimità formulato dai giudici di prima istanza, impugnando, in via incidentale, la statuizione relativa alla illegittimità della trascrizione in Italia di matrimoni tra coppie omosessuali contratti all'estero (ed insistendo nel rivendicare il relativo diritto) e concludendo per la reiezione dell'appello principale del Ministero e per la parziale riforma della decisione impugnata, in accoglimento del proprio appello incidentale.

Resisteva anche Roma Capitale, contestando la fondatezza dell'appello del Ministero e concludendo per la sua reiezione.

Il ricorso veniva trattenuto in decisione alla pubblica udienza dell'8 ottobre 2015.

Diritto

1.- Come già rilevato in fatto, il Tribunale capitolino ha affermato la intrascrivibilità dei matrimoni contratti all'estero tra persone dello stesso sesso, ma ha riconosciuto la illegittimità del provvedimento prefettizio di annullamento delle relative trascrizioni (e della presupposta circolare, nei limiti sopra precisati).

La decisione appellata si compone, quindi, di due distinti accertamenti: uno favorevole al Ministero dell'interno e uno favorevole ai ricorrenti (e al Sindaco di Roma).

Entrambe tali statuizioni sono state appellate: in via principale quella demolitoria del decreto prefettizio di annullamento della trascrizione; in via incidentale quella di accertamento dell'insussistenza di un diritto delle coppie omosessuali alla trascrizione nei registri dello stato civile dei loro matrimoni celebrati all'estero.

Il rispetto dell'ordine logico nella disamina delle censure ritualmente introdotte nel giudizio di appello impone di principiarsi dall'esame dell'appello incidentale, siccome afferente ad una questione (la trascrivibilità in Italia di matrimoni omosessuali contratti all'estero) logicamente antecedente rispetto a quella (il potere del Prefetto di annullare le loro trascrizioni in Italia) oggetto dell'appello principale.

2.- Mediante le censure articolate nell'appello incidentale gli originari ricorrenti reclamano, a ben vedere, il (o, meglio, l'affermazione del) diritto alla trascrizione in Italia di matrimoni omosessuali celebrati all'estero, insistendo, perciò, nel dedurre l'illegittimità della gravata circolare del Ministro dell'interno (là dove aveva impartito istruzioni impeditive di esse).

Così decifrata la domanda, occorre procedere a una preliminare (e sintetica) ricognizione dei principi e delle regole che governano la trascrizione degli atti di matrimonio formati in un altro Paese (e alla cui stregua dev'essere giudicata la fondatezza della pretesa sostanzialmente azionata dagli originari ricorrenti).

2.1- Gli artt. 27 e 28 della legge 31 maggio 1995, n. 218 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato) stabiliscono i presupposti di legalità del matrimonio (nei casi in cui alcuni elementi della fattispecie si riferiscano ad ordinamenti giuridici di diversi Stati), prevedendo, in particolare (e per quanto qui rileva) che le condizioni (soggettive) di validità "sono regolate dalla legge nazionale di ciascun nubendo..." (art. 27) e che "il matrimonio è valido, quanto alla forma, se è considerato tale dalla legge del luogo di celebrazione o dalla legge nazionale di almeno uno dei coniugi..." (art. 28).

L'art.115 del codice civile assoggetta, inoltre, espressamente i cittadini italiani all'applicazione delle disposizioni codicistiche che stabiliscono le condizioni necessarie per contrarre matrimonio (tale dovendosi intendere il rinvio alla sezione prima del terzo capo, del titolo sesto, del libro primo del codice civile), anche quando l'atto viene celebrato in un paese straniero.

La lettura combinata delle disposizioni citate, che disegnano un sistema regolatorio univoco circa l'identificazione degli elementi che condizionano la validità e l'efficacia del matrimonio tra cittadini italiani celebrato all'estero, esige l'enucleazione degli indefettibili requisiti sostanziali (quanto, segnata-

mente, allo stato ed alla capacità dei nubendi) che consentono al predetto atto di produrre, nell'ordinamento nazionale, i suoi effetti giuridici naturali.

E risulta agevole individuare la diversità di sesso dei nubendi quale la prima condizione di validità e di efficacia del matrimonio, secondo le regole codificate negli artt. 107, 108, 143, 143 *bis* e 156 *bis* c.c. ed in coerenza con la concezione del matrimonio afferente alla millenaria tradizione giuridica e culturale dell'istituto, oltre che all'ordine naturale costantemente inteso e tradotto nel diritto positivo come legittimante la sola unione coniugale tra un uomo e una donna.

A prescindere, quindi, dalla catalogazione squisitamente dogmatica del vizio che affligge il matrimonio celebrato (all'estero) tra persone dello stesso sesso (che si rivela, ai fini della soluzione della questione controversa, del tutto ininfluyente), deve concludersi che, secondo il sistema regolatorio di riferimento (per come dianzi riassunto), un atto siffatto risulta sprovvisto di un elemento essenziale (nella specie la diversità di sesso dei nubendi) ai fini della sua idoneità a produrre effetti giuridici nel nostro ordinamento (Cass. Civ., sez. I, 9 febbraio 2015, n. 2400; sez. I, 15 marzo 2012, n. 4184).

Che si tratti di atto radicalmente invalido (cioè nullo) o inesistente (che appare, tuttavia, la classificazione più appropriata, vertendosi in una situazione di un atto mancante di un elemento essenziale della sua stessa giuridica esistenza), il matrimonio omosessuale deve, infatti, intendersi incapace, nel vigente sistema di regole, di costituire tra le parti lo status giuridico proprio delle persone coniugate (con i diritti e gli obblighi connessi) proprio in quanto privo dell'indefettibile condizione della diversità di sesso dei nubendi, che il nostro ordinamento configura quale connotazione ontologica essenziale dell'atto di matrimonio.

2.2- Così riscontrata l'inattitudine del matrimonio omosessuale contratto all'estero da cittadini italiani di produrre qualsivoglia effetto giuridico in Italia, occorre esaminare il regime positivo della sua trascrivibilità negli atti dello stato civile.

Risulta, al riguardo, decisiva la previsione dell'art. 64 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile) che, là dove cataloga (con un'elencazione tassativa) gli elementi e i contenuti (formali e sostanziali) prescritti per la trascrivibilità dell'atto di matrimonio, impone evidentemente (ancorché implicitamente) all'ufficiale dello stato civile il potere (*rectius*: il dovere) di controllarne la presenza, prima di procedere alla trascrizione dell'atto (da valersi quale atto dovuto, pur a fronte della sua natura dichiarativa, e non costitutiva, solo se ricorrono tutte le condizioni elencate nella predetta disposizione).

Ne consegue che il corretto esercizio della predetta potestà impedisce all'ufficiale dello stato civile la trascrizione di matrimoni omosessuali celebrati all'estero, per il difetto della condizione relativa alla "dichiarazione degli sposi di volersi prendere rispettivamente in marito e moglie", prevista dall'art. 64, comma 1, lett. e), d.P.R. cit., quale condizione dell'atto di matrimonio trascrivibile (così come dall'art. 16, d.P.R. cit., rubricato "Matrimonio celebrato all'estero", che utilizza, evidentemente, la dizione "sposi" nell'unica accezione codicistica, codificata all'art. 107 c.c., di marito e moglie).

Anche escludendo, quindi, l'applicabilità alla fattispecie considerata del fattore ostativo previsto all'art. 18 d.P.R. cit. (non potendosi qualificare come contrario all'ordine pubblico il matrimonio tra persone dello stesso sesso), la trascrizione dell'atto in questione deve intendersi preclusa proprio dal difetto di uno degli indispensabili contenuti dell'atto di matrimonio trascrivibile (e la cui verifica preliminare deve ritenersi compresa nei doverosi adempimenti affidati all'ufficiale dello stato civile).

2.3- Una volta accertata l'inesistenza, alla stregua dell'ordinamento positivo, di un diritto alla trascrizione dei matrimoni omosessuali celebrati all'estero (e, quindi, la legittimità della circolare del Ministro dell'interno che la vieta), occorre verificare se il titolo rivendicato dagli originari ricorrenti possa essere affermato in esito ad un'operazione ermeneutica imposta dal rispetto di principi costituzionali o enunciati in convenzioni internazionali.

Gli appellanti incidentali sostengono, infatti, che il rispetto dei diritti e delle libertà sanciti in atti europei o in trattati internazionali ovvero riconosciuti da decisioni di organi di giustizia sovranazionali vincolino i giudici nazionali, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost., a una lettura dell'apparato regolatorio ut supra riassunto, nel senso di ammettere la trascrizione in Italia di matrimoni tra coppie omosessuali celebrati all'estero.

2.4- La compatibilità del divieto, in Italia, di matrimoni tra persone dello stesso sesso (e, quindi, si aggiunga, come logico corollario, della trascrizione di quelli celebrati all'estero) è già stata scrutinata ed affermata dalla Corte Costituzionale (Corte Cost., sent. 11 giugno 2014, n. 170; sent. 15 aprile 2010, n. 138; ordinanze n. 4 del 2011 e n. 276 del 2010), che ha chiarito come la regolazione normativa censurata risulti, per un verso, compatibile con l'art. 29 della Costituzione (contestualmente interpretato come riferito alla nozione civilistica di matrimonio tra persone di sesso diverso) e, per un altro, conforme alle norme interposte contenute negli artt. 12 della CEDU e 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (d'ora innanzi Carta di Nizza), nella misura in cui le stesse rinviavano espressamente alle legislazioni nazionali, senza vincolarne i contenuti, la disciplina dell'istituto del matrimonio, riservandosi l'eventuale delibazione dell'incostituzionalità di disposizioni legislative che introducono irragionevoli

disparità di trattamento delle coppie omosessuali in relazioni ad ipotesi particolari (per le quali si impone il trattamento omogeneo tra le due tipologie di unioni).

Come si vede, dunque, il Giudice delle leggi ha già affermato la coerenza dell'omessa omologazione del matrimonio omosessuale a quello eterosessuale, alla stregua dei parametri ivi esaminati e, in particolare, a quello previsto all'art. 29, che, nella lettura della Corte Costituzionale si risolve in una costituzionalizzazione del matrimonio tra persone di sesso diverso, sicché non possono ravvisarsi margini per uno scrutinio diverso ed ulteriore della compatibilità della regolazione in questione con la Carta fondamentale della Repubblica.

2.5- Non solo, ma le medesime conclusioni si impongono anche all'esito dell'interpretazione della normativa di riferimento alla stregua degli artt. 8 e 12 della CEDU, per come interpretati dalla Corte di Strasburgo (in particolare nella recente sentenza in data 21 luglio 2015, *Oliari e altri contro Repubblica Italiana*, indicata dagli appellanti incidentali a sostegno della prospettazione ermeneutica proposta).

La tesi sostenuta dagli appellanti incidentali, secondo la quale il rispetto del *dictum* del recente pronunciamento della Corte di Strasburgo imporrebbe all'interprete una lettura della normativa nazionale permissiva delle trascrizioni in questione (secondo i canoni consacrati nelle sentenze della Corte Costituzionale nn. 348 e 349 del 2007, n. 80 del 2011 e n. 15 del 2012), per quanto brillantemente formulata ed argomentata, non persuade e non vale, in ogni caso, a superare l'infrangibile ostacolo dell'art. 29 Cost. (per come inteso e valorizzato dalla Corte Costituzionale).

Una lettura attenta della sentenza c.d. *Oliari*, infatti, non solo non avalla l'assunto degli originari ricorrenti, ma ne costituisce, al contrario, la più efficace smentita.

La Corte di Strasburgo, infatti, con la predetta sentenza, ha, da un lato, riconosciuto la violazione da parte dello Stato italiano, con un significativo esempio di *overruling*, dell'art. 8 della CEDU, che tutela la vita familiare, nella misura in cui non assicura alcuna protezione giuridica alle unioni omosessuali, ma ha, da un altro lato, confermato la precedente giurisprudenza (sentenza 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf contro Austria*) che negava la configurabilità dell'inosservanza dell'art. 12 (diritto al matrimonio), e, quindi, del corrispondente art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (d'ora innanzi Carta di Nizza), ribadendo, al riguardo, che la regolazione legislativa del matrimonio e, quindi, l'eventuale ammissione di quello omosessuale (che la Corte non ritiene, in astratto, vietato) rientra nel perimetro del margine di apprezzamento e, quindi, della discrezionalità riservata agli Stati contraenti.

Lungi, quindi, dall'affermare l'obbligo della Repubblica italiana di riconoscere il diritto al matrimonio omosessuale, la Corte di Strasburgo ha espressamente e chiaramente negato la sussistenza e, quindi, *a fortiori*, la violazione di tale (presunto) diritto, limitandosi ad imporre allo Stato di assicurare una tutela giuridica alle unioni omosessuali (ma, anche qui, riconoscendo un margine di apprezzamento, seppur più limitato, nella declinazione delle sue forme e della sua intensità).

2.6- Ma, anche esaminando la questione sotto il dedotto profilo del necessario rispetto delle libertà di circolazione e di soggiorno (per come enunciate dagli artt. 20, 21, comma 1, e 18 TFUE e 21 della Carta di Nizza), si perviene alle stesse conclusioni.

Perché possano giudicarsi violate le predette libertà, infatti, con conseguente obbligo dei giudici nazionali di disapplicare la normativa nazionale che ne costituisce limitazione o impedimento, è necessario che la fattispecie giudicata rientri entro i confini del diritto europeo, in quanto direttamente regolata da atti dell'Unione o in quanto espressamente attribuita dai Trattati alle sue competenze istituzionali, dovendo, altrimenti, negarsi ogni rilievo alle predette libertà, là dove interferiscano con disposizioni nazionali del tutto estranee al perimetro della regolazione europea e non siano funzionali alla garanzia della sua piena attuazione (Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 15 novembre 2011, causa C-2561/11; sentenza 5 ottobre 2010, causa C-400/10).

Nel caso di specie, tuttavia, come già visto, la regolazione legislativa del matrimonio, e, di conseguenza, anche i presupposti del riconoscimento giuridico dei matrimoni celebrati in un Paese straniero (ivi compresi quelli appartenenti all'Unione Europea) esula dai confini del diritto europeo (non essendo dato di rinvenire alcuna previsione europea che vincoli gli Stati membri ad un'opzione regolatoria, che, anzi, resta espressamente riservata alla discrezionalità dei singoli Stati proprio dall'art. 9 della Carta di Nizza) ed attiene, in via esclusiva, alla sovranità nazionale, di talché resta inconfigurabile, nella fattispecie considerata, qualsivoglia violazione delle libertà di circolazione e di soggiorno.

2.7- Non appare, in definitiva, configurabile, allo stato del diritto convenzionale europeo e sovranazionale, nonché della sua esegesi ad opera delle Corti istituzionalmente incaricate della loro interpretazione, un diritto fondamentale della persona al matrimonio omosessuale, sicché il divieto dell'ordinamento nazionale di equiparazione di quest'ultimo a quello eterosessuale non può giudicarsi confliggente con i vincoli contratti dall'Italia a livello europeo o internazionale.

Ne consegue che, a fronte della pacifica inconfigurabilità di un diritto (di genesi nazionale o sovranazionale) al matrimonio omosessuale, resta preclusa all'interprete ogni opzione ermeneutica creativa che conduca, all'esito di un'operazione interpretativa non imposta da vincoli costituzionali o (*latu sensu*)

internazionali, all'equiparazione (anche ai meri fini dell'affermazione della trascrivibilità di matrimoni contratti all'estero tra persone dello stesso sesso) dei matrimoni omosessuali a quelli eterosessuali.

2.8- Non solo, ma il dibattito politico e culturale in corso in Italia sulle forme e sulle modalità del riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali sconsiglia all'interprete qualsiasi forzatura (sempre indebita, ma in questo contesto ancor meno opportuna) nella lettura della normativa di riferimento che, allo stato, esclude, con formulazioni chiare e univoche, qualsivoglia omologazione tra le unioni eterosessuali e quelle omosessuali.

2.9- Si aggiunga, quale argomento conclusivo, che, aderendo alla tesi prospettata dagli originari ricorrenti, si finirebbe per ammettere, di fatto, surrettiziamente ed elusivamente il matrimonio omosessuale anche in Italia, tale essendo l'effetto dell'affermazione della trascrivibilità di quello celebrato all'estero tra cittadini italiani, nonostante l'assenza di una previsione legislativa che lo consenta e lo regoli (e, anzi, in un contesto normativo che lo esclude chiaramente, ancorché tacitamente) e, quindi, della relativa scelta (libera e politica) del Parlamento nazionale (che, si ripete, resta l'unica autorità titolare della relativa decisione, come chiarito anche dalla Corte di Strasburgo).

2.10- Alle considerazioni che precedono consegue, quindi, la reiezione dell'appello incidentale.

3.- Occorre, a questo punto, procedere all'esame dell'appello principale, con il quale il Ministero dell'interno critica il giudizio di illegittimità del decreto prefettizio di annullamento delle trascrizioni, disposte dal Sindaco di Roma Capitale, di matrimoni tra coppie omosessuali celebrati all'estero e della presupposta circolare.

3.1- Come già rilevato in fatto, i giudici di prima istanza, pur avendo riconosciuto l'illegittimità delle predette trascrizioni, hanno negato al Prefetto il potere di annullarle d'ufficio, reputando la relativa potestà riservata in via esclusiva al giudice ordinario (per effetto del combinato disposto degli artt. 95 d.P.R. cit. e 453 c.c.).

Il Ministero appellante critica tale statuizione, sulla base dell'assunto (in sintesi) che il potere gerarchico di sovraordinazione del Prefetto al Sindaco, quale ufficiale di governo delegato alla tenuta dei registri di stato civile, comprende, in sé, anche quello (generale) di autotutela sugli atti adottati *contra legem* dall'organo subordinato.

3.2- Lo scrutinio della fondatezza della predetta tesi esige una preliminare ricognizione dei caratteri della relazione interorganica tra Prefetto e Sindaco, nell'espletamento delle competenze considerate.

Nel nostro ordinamento l'esercizio di alcune funzioni di competenza statale è stato affidato al Sindaco, che le esercita non come vertice dell'ente locale, ma nella diversa qualità di ufficiale di governo.

Tale peculiare modalità organizzatoria è stata, in particolare, decisa con riferimento alle funzioni che esigono un rapporto di prossimità con i cittadini e il cui esercizio è parso al legislatore più efficacemente esercitabile dall'organo di vertice dell'ente locale più vicino ai cittadini (il Comune).

Tra le materie affidate alla cura del Sindaco quale ufficiale di governo è compresa anche la tenuta dei registri di stato civile, ad esso attribuita dall'art. 54, comma 3, d.lgs. 18 ottobre 2000, n. 267.

Il particolare modello organizzativo in esame implica che la titolarità della funzione resta intestata all'amministrazione centrale (e, segnatamente, al Ministero dell'interno) e che il Sindaco la esercita solo quale organo delegato dalla legge.

Un ulteriore corollario della titolarità statale della funzione attinente alla tenuta dei registri di stato civile è che il Sindaco resta soggetto, nell'esercizio delle pertinenti funzioni, alle istruzioni impartite dal Ministero dell'interno, alle quali è tenuto a conformarsi (art. 54, comma 12, d.lgs. cit. e art. 9, comma 1, d.P.R. cit.).

La potestà di sovraordinazione dell'Amministrazione centrale sull'organo per legge delegato all'esercizio di una sua funzione si esplica, poi, per mezzo dell'assegnazione al Prefetto, che esercita istituzionalmente l'autorità del Ministero dell'interno sul territorio, dei poteri di vigilanza sulla tenuta degli atti dello stato civile (art. 9, comma 2, d.P.R. cit.) e di sostituzione al Sindaco, in caso di sua inerzia nell'esercizio di taluni compiti (art. 54, comma 11, d.lgs. cit.).

Si tratta, come si vede, di un sistema coerente e coordinato di disposizioni che configurano la relazione interorganica in questione come di subordinazione del Sindaco al Ministero dell'interno, e, per esso, al Prefetto, e che assoggettano, quindi, il primo ai poteri di direttiva e di vigilanza del secondo (Cass. SS. UU., 13 ottobre 2009, n. 21658; Cass. Civ., sez. I, 14 febbraio 2000, n. 1599).

Tale soggezione risulta, in particolare, il più logico corollario della titolarità della funzione in capo al Ministero dell'interno e della mera assegnazione al Sindaco, quale ufficiale di governo, dei compiti attinenti al suo esercizio.

Il vincolo di subordinazione del Sindaco al Ministero dell'interno obbedisce, inoltre, all'esigenza di assicurare l'uniformità di indirizzo nella tenuta dei registri dello stato civile su tutto il territorio nazionale e che resterebbe vanificata se ogni Sindaco potesse decidere autonomamente sulle regole generali di amministrazione della funzione o, peggio, se potesse disattendere, senza meccanismi correttivi interni all'apparato amministrativo, le istruzioni ministeriali impartite al riguardo.

3.3- Così ricostruita la natura del rapporto interorganico in questione, occorre accertare se, tra i poteri assegnati al Prefetto, resti o meno incluso quello di annullare gli atti dello stato civile di cui il Sindaco ha ordinato *contra legem* la trascrizione.

Reputa il Collegio che la potestà in questione debba intendersi implicitamente implicata dalle funzioni di direzione (art. 54, comma 12, d.lgs. cit.), sostituzione (art. 54, comma 11, d.lgs. cit.) e vigilanza (art. 9, comma 2, d.P.R. cit.).

In ossequio ai criteri ermeneutici sistematico e teleologico, infatti, le predette disposizioni devono necessariamente intendersi come comprensive anche del potere di annullamento gerarchico d'ufficio da parte del Prefetto degli atti illegittimi adottati dal Sindaco, nella qualità di ufficiale di governo, senza il quale, peraltro, il loro scopo evidente, agevolmente identificabile nell'attribuzione al Prefetto di tutti i poteri idonei ad assicurare la corretta gestione della funzione in questione, resterebbe vanificato.

A ben vedere, infatti, se si negasse al Prefetto la potestà in questione, la sua posizione di sovraordinazione rispetto al Sindaco (allorché agisce come ufficiale di governo), in quanto chiaramente funzionale a garantire l'osservanza delle direttive impartite dal Ministro dell'interno ai Sindaci e, in definitiva, ad impedire disfunzioni o irregolarità nell'amministrazione dei registri di stato civile, rimarrebbe inammissibilmente sprovvista di contenuti adeguati al raggiungimento di quel fine.

Tale conclusione è stata già raggiunta dalla giurisprudenza amministrativa (Cons. St., sez. V, 19 giugno 2008, n. 3076), se pur nell'esame dell'esercizio di una diversa funzione amministrata dal Sindaco quale ufficiale di governo (la sicurezza pubblica), proprio in esito ad una coerente ricostruzione della natura e delle finalità della relazione interorganica in questione ed alla conseguente valorizzazione dell'esigenza di assicurare la correttezza e l'uniformità dell'amministrazione dei compiti statali delegati dalla legge al Sindaco.

E non vale enfatizzare le differenze tra le due situazioni, trattandosi, in entrambi i casi, della correzione, da parte del Prefetto, di disfunzioni amministrative imputabili al Sindaco (ed apparendo, anzi, nel caso di specie, ancora più pregnante l'esigenza di autotutela, a fronte di un atto non solo illegittimo, ma inesistente o, comunque, *abnorme*, nel senso etimologico latino di "fuori dalla norma").

Dev'essere, quindi, affermata la sussistenza, in capo al Prefetto, della potestà di annullare le trascrizioni in questione, quale potere compreso certamente, ancorché implicitamente, nelle funzioni di direzione, sostituzione e vigilanza attribuitegli dall'ordinamento nella materia in discussione.

3.5- Non è, quindi, necessario invocare l'art. 21-*nonies* legge 7 agosto 1990, n. 241 a fondamento del potere di autotutela controverso, potendosi risolvere favorevolmente il problema della sua esistenza in esito all'analisi interpretativa che precede.

Non può, tuttavia, non osservarsi, al riguardo, che non si ravvisano ostacoli all'applicazione della predetta, generale disposizione alla fattispecie in esame, là dove attribuisce il potere di annullare d'ufficio un atto illegittimo non solo all'organo che lo ha emanato, ma anche "ad altro organo previsto dalla legge".

Non può, in particolare, ritenersi preclusiva, a tal fine, l'osservazione del difetto di una disposizione legislativa che preveda il potere del Prefetto di annullare d'ufficio gli atti dello stato civile illegittimamente adottati dal Sindaco, posto che, se si accedesse all'opzione ermeneutica per cui la norma citata esige, per la sua applicazione, l'esplicita attribuzione legislativa del potere di annullare in autotutela gli atti adottati da un altro organo, la stessa risulterebbe priva di qualunque senso in quanto inutilmente ripetitiva di una potestà già assegnata da un'altra norma (con la conseguenza che la stessa prospettazione interpretativa dev'essere disattesa).

La disposizione in esame dev'essere, viceversa, letta ed applicata nel senso che è ammesso l'annullamento d'ufficio di un atto illegittimo da parte di un organo diverso da quello che lo ha emanato in tutte le ipotesi in cui una disposizione legislativa attribuisce al primo una potestà di controllo e, in generale, di sovraordinazione gerarchica che implica univocamente anche l'esercizio di poteri di autotutela.

E non vale neanche a negare l'applicabilità al caso controverso dell'art. 21 *nonies* legge cit. il rilievo, a dire il vero poco comprensibile, che la trascrizione di un atto dello stato civile non può essere qualificata come un provvedimento amministrativo, ma come un "atto pubblico formale" (e come tale, pare di capire, estraneo all'ambito applicativo della predetta disposizione).

E' sufficiente, al riguardo, osservare che la suddetta distinzione non trova alcun fondamento positivo e che vanno qualificati come provvedimenti amministrativi tutti gli atti, con rilevanza esterna, emanati da una pubblica amministrazione, ancorché privi di efficacia autoritativa o costituiva e dotati di soli effetti accertativi o dichiarativi, con la conseguenza che anche gli atti dello stato civile devono essere compresi nel perimetro dell'ambito applicativo della disposizione in commento (e che, per la sua valenza generale, non tollera eccezioni o deroghe desunte in esito a incerti percorsi ermeneutici).

3.6. Così riconosciuto, in capo al Prefetto, il potere di autotutela in questione, occorre verificare se il sistema di regole che assegna al giudice civile i poteri di controllo, rettificazione e cancellazione degli atti dello stato civile (e integrato dal combinato disposto degli artt. 95 d.P.R. cit. e 453 c.c.) costituisca

o meno un limite o, addirittura, una preclusione al suo esercizio (come ritenuto dai giudici di primo grado).

Le disposizioni citate, in effetti, paiono (a una prima lettura) devolvere in via esclusiva al giudice ordinario i poteri di cognizione e di correzione degli atti dello stato civile.

Sennonché, a ben vedere, il relativo apparato regolatorio postula, per la sua applicazione, l'esistenza di atti astrattamente idonei a costituire o a modificare lo stato delle persone, tanto da imporre un controllo giurisdizionale sulla loro corretta formazione, con la conseguenza dell'estraneità al suo ambito applicativo di atti radicalmente inefficaci, quali le trascrizioni in parola, e, quindi, del tutto incapaci (per quanto qui rileva) di assegnare alle persone menzionate nell'atto lo stato giuridico di coniugato.

L'esigenza del controllo giurisdizionale, infatti, si rivela del tutto recessiva (se non inesistente), a fronte di atti inidonei a costituire lo stato delle persone ivi contemplate, dovendosi, quindi, ricercare, per la loro correzione, soluzioni e meccanismi anche diversi dalla verifica giudiziaria.

Non solo, ma il sistema di regole in esame risulta costruito come funzionale (unicamente) alla tutela dei diritti e degli interessi delle persone fisiche contemplate (o pretermesse) nell'atto, e non anche alla protezione di interessi pubblici, tanto che l'art. 95, comma 2, d.P.R. cit., assegna al Procuratore della Repubblica una iniziativa meramente facoltativa (usando appositamente il verbo potere: "Il Procuratore della Repubblica può...promuovere").

Se la norma fosse stata concepita anche a tutela di un interesse pubblico, infatti, la disposizione sarebbe stata formulata con l'uso del verbo promuovere all'indicativo presente, e, cioè, con la previsione della doverosità dell'istanza, quando risulta necessaria a ripristinare la legalità violata (sarebbe stata cioè formulata con l'espressione: "Il Procuratore della Repubblica promuove il procedimento...").

L'art. 453 c.c., peraltro, per la sua univoca formulazione testuale, deve intendersi limitato all'affidamento al giudice ordinario dei soli poteri di annotazione e non può, di conseguenza, ritenersi ostativo all'esercizio dei (diversi) poteri di eliminazione dell'atto da parte dell'autorità amministrativa titolare della funzione di tenuta dei registri dello stato civile.

3.7- Né la già rilevata inefficacia degli atti in questione priva di significato l'intervento di autotutela in questione, posto che, al contrario, proprio la permanenza di un'apparenza di atto, che, ancorché inefficace, potrebbe legittimare (finché materialmente esistente) richieste ed istanze alla pubblica amministrazione di prestazioni connesse allo stato civile di coniugato (con conseguenti complicazioni burocratiche e, probabilmente, ulteriori contenziosi), impone la sua eliminazione dal mondo del diritto.

E tale esigenza risulta soddisfatta solo dall'identificazione di uno strumento (anche) amministrativo (e non necessariamente giurisdizionale) di correzione di atti dello stato civile abnormi (nel senso etimologico già ricordato) ed eseguiti in difformità dalle istruzioni impartite dall'autorità statale titolare della funzione.

Solo gli interventi dei Prefetti in autotutela gerarchica valgono, in effetti, a rimuovere, con garanzie di uniformità su tutto il territorio nazionale, un'apparenza di atto (che, finché resta in vita, appare idoneo a generare incertezze e difficoltà amministrative) e, quindi, in definitiva, ad assicurare la certezza del diritto connessa a questioni relative allo stato delle persone.

L'esigenza appena segnalata non risulta, infatti, garantita dalla riserva in via esclusiva del potere di cancellazione delle trascrizioni al giudice ordinario che, proprio per il carattere diffuso e indipendente della sua attività, rischia di vanificare, con interpretazioni diverse e contrastanti, l'esigenza di uniformità di indirizzo su una questione così delicata (come dimostra il decreto in data 13 marzo 2015, con cui la Corte d'Appello di Napoli ha ordinato la trascrizione di un matrimonio omosessuale celebrato all'estero).

3.8- Alle considerazioni che precedono consegue, in definitiva, l'accoglimento dell'appello del Ministero e, in riforma del capo di decisione impugnato, l'integrale rieiezione del ricorso di primo grado contro il provvedimento con cui il Prefetto di Roma ha annullato le trascrizioni dei matrimoni omosessuali celebrati all'estero dagli originari ricorrenti.

4.- La novità della questione trattata e la natura degli interessi controversi giustificano la compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello incidentale, accoglie quello principale e, per l'effetto, in parziale riforma della decisione appellata, respinge il ricorso di primo grado e compensa tra tutte le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

omissis

Stati Uniti, *Supreme Court*, sentenza del 26 giugno 2015, *Obergefell v. Hodges*.

MATRIMONIO TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO – DIVIETO – ILLEGITTIMITÀ

Sulla base dei principi del giusto processo e di eguaglianza sanciti dal XIV Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti, le coppie dello stesso sesso hanno il diritto fondamentale di sposarsi. Le leggi del Michigan, del Kentucky, dell'Ohio e del Tennessee sono invalide nella misura in cui precludono alle coppie dello stesso sesso la possibilità di contrarre un matrimonio civile negli stessi termini e alle stesse condizioni previste per le coppie di sesso opposto. Poiché le coppie dello stesso sesso hanno il diritto di esercitare il diritto fondamentale di sposarsi in tutti gli Stati, ne consegue che nessuno Stato ha il potere, costituzionalmente garantito, di rifiutarsi di riconoscere un matrimonio legalmente concluso in altro Stato in ragione del fatto che si tratti di un matrimonio tra persone dello stesso sesso¹.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES

omissis

JAMES OBERGEFELL, ET AL., PETITIONERS 14-556

v.

RICHARD HODGES, DIRECTOR, OHIO DEPARTMENT OF HEALTH, ET AL.;

VALERIA TANCO, ET AL., PETITIONERS 14-562

v.

BILL HASLAM, GOVERNOR OF TENNESSEE, ET AL.;

APRIL DEBOER, ET AL., PETITIONERS 14-571

v.

RICK SNYDER, GOVERNOR OF MICHIGAN, ET AL.;

AND

GREGORY BOURKE, ET AL., PETITIONERS 14-574

v.

STEVE BESHEAR, GOVERNOR OF KENTUCKY ON WRITS OF CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SIXTH CIRCUIT

[June 26, 2015]

JUSTICE KENNEDY delivered the opinion of the Court.

The Constitution promises liberty to all within its reach, a liberty that includes certain specific rights that allow persons, within a lawful realm, to define and express their identity. The petitioners in these cases seek to find that liberty by marrying someone of the same sex and having their marriages deemed lawful on the same terms and conditions as marriages between persons of the opposite sex.

¹ Una traduzione italiana della sentenza, a cura di Roberto De Felice, è disponibile su *Articolo29* al seguente link: www.articolo29.it/2015/decisione-mimportante-traduzione-italiana-sentenza-americana.

I

These cases come from Michigan, Kentucky, Ohio, and Tennessee, States that define marriage as a union between one man and one woman. See, e.g., Mich. Const., Art. I, §25; Ky. Const. §233A; Ohio Rev. Code Ann. §3101.01 (Lexis 2008); Tenn. Const., Art. XI, §18. The petitioners are 14 same-sex couples and two men whose same-sex partners are deceased. The respondents are state officials responsible for enforcing the laws in question. The petitioners claim the respondents violate the Fourteenth Amendment by denying them the right to marry or to have their marriages, lawfully performed in another State, given full recognition. Petitioners filed these suits in United States District Courts in their home States. Each District Court ruled in their favor. Citations to those cases are in Appendix A, *infra*. The respondents appealed the decisions against them to the United States Court of Appeals for the Sixth Circuit. It consolidated the cases and reversed the judgments of the District Courts. *DeBoer v. Snyder*, 772 F. 3d 388 (2014). The Court of Appeals held that a State has no constitutional obligation to license same-sex marriages or to recognize same-sex marriages performed out of State. The petitioners sought certiorari. This Court granted review, limited to two questions. 574 U. S. ____ (2015). The first, presented by the cases from Michigan and Kentucky, is whether the Fourteenth Amendment requires a State to license a marriage between two people of the same sex. The second, presented by the cases from Ohio, Tennessee, and, again, Kentucky, is whether the Fourteenth Amendment requires a State to recognize a same-sex marriage licensed and performed in a State which does grant that right.

II

Before addressing the principles and precedents that govern these cases, it is appropriate to note the history of the subject now before the Court.

A

From their beginning to their most recent page, the annals of human history reveal the transcendent importance of marriage. The lifelong union of a man and a woman always has promised nobility and dignity to all persons, without regard to their station in life. Marriage is sacred to those who live by their religions and offers unique fulfillment to those who find meaning in the secular realm. Its dynamic allows two people to find a life that could not be found alone, for a marriage becomes greater than just the two persons. Rising from the most basic human needs, marriage is essential to our most profound hopes and aspirations.

The centrality of marriage to the human condition makes it unsurprising that the institution has existed for millennia and across civilizations. Since the dawn of history, marriage has transformed strangers into relatives, binding families and societies together. Confucius taught that marriage lies at the foundation of government. 2 Li Chi: Book of Rites 266 (C. Chai & W. Chai eds., J. Legge transl. 1967). This wisdom was echoed centuries later and half a world away by Cicero, who wrote, “The first bond of society is marriage; next, children; and then the family.” See *De Officiis* 57 (W. Miller transl. 1913). There are untold references to the beauty of marriage in religious and philosophical texts spanning time, cultures, and faiths, as well as in art and literature in all their forms. It is fair and necessary to say these references were based on the understanding that marriage is a union between two persons of the opposite sex.

That history is the beginning of these cases. The respondents say it should be the end as well. To them, it would demean a timeless institution if the concept and lawful status of marriage were extended to two persons of the same sex. Marriage, in their view, is by its nature a gender-differentiated union of man and woman. This view long has been held—and continues to be held—in good faith by reasonable and sincere people here and throughout the world.

The petitioners acknowledge this history but contend that these cases cannot end there. Were their intent to demean the revered idea and reality of marriage, the petitioners’ claims would be of a different order. But that is neither their purpose nor their submission. To the contrary, it is the enduring importance of marriage that underlies the petitioners’ contentions. This, they say, is

their whole point. Far from seeking to devalue marriage, the petitioners seek it for themselves because of their respect—and need—for its privileges and responsibilities. And their immutable nature dictates that same-sex marriage is their only real path to this profound commitment.

Recounting the circumstances of three of these cases illustrates the urgency of the petitioners’ cause from their perspective. Petitioner James Obergefell, a plaintiff in the Ohio case, met John Arthur over two decades ago. They fell in love and started a life together, establishing a lasting,

committed relation. In 2011, however, Arthur was diagnosed with amyotrophic lateral sclerosis, or ALS. This debilitating disease is progressive, with no known cure. Two years ago, Obergefell and Arthur

decided to commit to one another, resolving to marry before Arthur died. To fulfill their mutual promise, they traveled from Ohio to Maryland, where same-sex marriage was legal. It

was difficult for Arthur to move, and so the couple were wed inside a medical transport plane as it remained on the tarmac in Baltimore. Three months later, Arthur died. Ohio law does not permit Obergefell to be listed as the surviving spouse on Arthur's death certificate. By statute, they must remain strangers even in death, a state imposed separation Obergefell deems "hurtful for the rest

of time." App. in No. 14-556 etc., p. 38. He brought suit to be shown as the surviving spouse on Arthur's death certificate.

April DeBoer and Jayne Rowse are co-plaintiffs in the case from Michigan. They celebrated a commitment ceremony to honor their permanent relation in 2007. They both work as nurses, DeBoer in a neonatal unit and Rowse in an emergency unit. In 2009, DeBoer and Rowse fostered

and then adopted a baby boy. Later that same year, they welcomed another son into their family. The new baby, born prematurely and abandoned by his biological mother, required around-the-clock care. The next year, a baby girl with special needs joined their family. Michigan, however, permits only opposite-sex married couples or single individuals to adopt, so each child can have only one woman as his or her legal parent. If an emergency were to arise, schools and hospitals may treat the three children as if they had only one parent. And, were tragedy to befall either DeBoer or Rowse, the other would have no legal rights over the children she had not been permitted to adopt. This couple seeks relief from the continuing uncertainty their unmarried status creates in their lives.

Army Reserve Sergeant First Class Ijpe DeKoe and his partner Thomas Kostura, co-plaintiffs in the Tennessee case, fell in love. In 2011, DeKoe received orders to deploy to Afghanistan. Before leaving, he and Kostura married in New York. A week later, DeKoe began his deployment, which lasted for almost a year. When he returned, the two settled in Tennessee, where DeKoe works full-time for the Army Reserve. Their lawful marriage is stripped from them whenever they reside in Tennessee, returning and disappearing as they travel across state lines. DeKoe, who served this Nation to preserve the freedom the Constitution protects, must endure a substantial burden.

The cases now before the Court involve other petitioners as well, each with their own experiences. Their stories reveal that they seek not to denigrate marriage but rather to live their lives, or honor their spouses' memory, joined by its bond.

B

The ancient origins of marriage confirm its centrality, but it has not stood in isolation from developments in law and society. The history of marriage is one of both continuity and change. That institution—even as confined to opposite-sex relations—has evolved over time.

For example, marriage was once viewed as an arrangement by the couple's parents based on political, religious, and financial concerns; but by the time of the Nation's founding it was understood to be a voluntary contract between a man and a woman. See N. Cott, *Public Vows: A*

History of Marriage and the Nation 9–17 (2000); S. Coontz, *Marriage, A History* 15–16 (2005). As the role and status of women changed, the institution further evolved. Under the centuries-old doctrine of coverture, a married man and woman were treated by the State as a single, male-dominated legal entity. See 1 W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* 430 (1765). As women gained legal, political, and property rights, and as society began to understand that women have their own equal dignity, the law of coverture was abandoned. See Brief for Historians of Marriage et al. as Amici Curiae 16–19. These and other developments in the institution of marriage over the past centuries were not mere superficial changes. Rather, they worked deep transformations in its structure, affecting aspects of marriage long viewed by many as essential. See generally N. Cott, *Public Vows*; S. Coontz, *Marriage*; H. Hartog, *Man & Wife in America: A History* (2000).

These new insights have strengthened, not weakened, the institution of marriage. Indeed, changed understandings of marriage are characteristic of a Nation where new dimensions of freedom become apparent to new generations, often through perspectives that begin in pleas or protests and then are considered in the political sphere and the judicial process.

This dynamic can be seen in the Nation's experiences with the rights of gays and lesbians. Until the mid-20th century, same-sex intimacy long had been condemned as immoral by the state itself in most Western nations, a belief often embodied in the criminal law. For this reason, among others, many persons did not deem homosexuals to have dignity in their own distinct identity. A truthful

declaration by same-sex couples of what was in their hearts had to remain unspoken. Even when a greater awareness of the humanity and integrity of homosexual persons came in the period after World War II, the argument that gays and lesbians had a just claim to dignity was in conflict with both law and widespread social conventions. Same-sex intimacy remained a crime in many States. Gays and lesbians were prohibited from most government employment, barred from military service, excluded under im-

migration laws, targeted by police, and burdened in their rights to associate. See Brief for Organization of American Historians as Amicus Curiae 5–28.

For much of the 20th century, moreover, homosexuality was treated as an illness. When the American Psychiatric Association published the first Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders in 1952, homosexuality was classified as a mental disorder, a position adhered to until

1973. See Position Statement on Homosexuality and Civil Rights, 1973, in 131 Am. J. Psychiatry 497 (1974). Only in more recent years have psychiatrists and others recognized that sexual orientation is both a normal expression of human sexuality and immutable. See Brief for American

Psychological Association et al. as Amici Curiae 7–17.

In the late 20th century, following substantial cultural and political developments, same-sex couples began to lead more open and public lives and to establish families. This development was followed by a quite extensive discussion of the issue in both governmental and private sectors and by a shift in public attitudes toward greater tolerance. As a result, questions about the rights of gays and lesbians soon reached the courts, where the issue could be discussed in the formal discourse of the law.

This Court first gave detailed consideration to the legal status of homosexuals in *Bowers v. Hardwick*, 478 U. S. 186 (1986). There it upheld the constitutionality of a Georgia law deemed to criminalize certain homosexual acts. Ten years later, in *Romer v. Evans*, 517 U. S. 620 (1996), the Court invalidated an amendment to Colorado’s Constitution that sought to foreclose any branch or political subdivision of the State from protecting persons against discrimination based on sexual orientation. Then, in 2003, the Court overruled *Bowers*, holding that laws making same-sex intimacy a crime “demea[n] the lives of homosexual persons.” *Lawrence v. Texas*, 539 U. S. 558, 575.

Against this background, the legal question of same-sex marriage arose. In 1993, the Hawaii Supreme Court held Hawaii’s law restricting marriage to opposite-sex couples constituted a classification on the basis of sex and was therefore subject to strict scrutiny under the Hawaii Constitution. *Baehr v. Lewin*, 74 Haw. 530, 852 P. 2d 44. Although this decision did not mandate that same-sex marriage be allowed, some States were concerned by its implications and reaffirmed in their laws that marriage is defined as a union between opposite-sex partners. So too in 1996, Congress passed the Defense of Marriage Act (DOMA), 110 Stat. 2419, defining marriage for all federal law purposes as “only a legal union between one man and one woman as husband and wife.” 1 U. S. C. §7.

The new and widespread discussion of the subject led other States to a different conclusion. In 2003, the Supreme Judicial Court of Massachusetts held the State’s Constitution guaranteed same-sex couples the right to marry. See *Goodridge v. Department of Public Health*, 440 Mass. 309, 798 N. E. 2d 941 (2003). After that ruling, some additional States granted marriage rights to same sex

couples, either through judicial or legislative processes. These decisions and statutes are cited in Appendix B, *infra*. Two Terms ago, in *United States v. Windsor*, 570 U. S. ____ (2013), this Court invalidated DOMA to the extent it barred the Federal Government from treating same-sex marriages as valid even when they were lawful in the State where they were licensed. DOMA, the Court held, impermissibly disparaged those same-sex couples “who wanted to affirm their commitment to one another before their children, their family, their friends, and their community.” *Id.*, at ____ (slip op., at 14).

Numerous cases about same-sex marriage have reached the United States Courts of Appeals in recent years. In accordance with the judicial duty to base their decisions on principled reasons and neutral discussions, without scornful or disparaging commentary, courts have written a substantial body of law considering all sides of these issues. That case law helps to explain and formulate the

underlying principles this Court now must consider. With the exception of the opinion here under review and one other, see *Citizens for Equal Protection v. Bruning*, 455 F. 3d 859, 864–868 (CA8 2006), the Courts of Appeals have held that excluding same-sex couples from marriage violates the Constitution. There also have been many thoughtful District Court decisions addressing same-sex

marriage—and most of them, too, have concluded same sex couples must be allowed to marry. In addition the highest courts of many States have contributed to this ongoing dialogue in decisions interpreting their own State Constitutions. These state and federal judicial opinions are cited in Appendix A, *infra*.

After years of litigation, legislation, referenda, and the discussions that attended these public acts, the States are now divided on the issue of same-sex marriage. See Office of the Atty. Gen. of Maryland, *The State of Marriage Equality in America*, State-by-State Supp. (2015).

III

Under the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment, no State shall “deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law.” The fundamental liberties protected by this Clause include most of the rights enumerated in the Bill of Rights. See *Duncan v. Louisiana*, 391 U. S. 145, 147–149 (1968). In addition these liberties extend to certain personal choices central to individual dignity and

autonomy, including intimate choices that define personal identity and beliefs. See, e.g., *Eisenstadt v. Baird*, 405 U. S. 438, 453 (1972); *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479, 484–486 (1965).

The identification and protection of fundamental rights is an enduring part of the judicial duty to interpret the Constitution. That responsibility, however, “has not been reduced to any formula.” *Poe v. Ullman*, 367 U. S. 497, 542 (1961) (Harlan, J., dissenting). Rather, it requires courts to exercise reasoned judgment in identifying interests of the person so fundamental that the State must accord them its respect. See *ibid.* That process is guided by many of the same considerations relevant to analysis of other constitutional provisions that set forth broad principles rather than specific requirements. History and tradition guide and discipline this inquiry but do not set its outer boundaries. See *Lawrence*, *supra*, at 572. That method respects our history and learns from it without allowing the past alone to rule the present.

The nature of injustice is that we may not always see it in our own times. The generations that wrote and ratified the Bill of Rights and the Fourteenth Amendment did not presume to know the extent of freedom in all of its dimensions, and so they entrusted to future generations a charter protecting the right of all persons to enjoy liberty as we learn its meaning. When new insight reveals discord between the Constitution’s central protections and a received legal stricture, a claim to liberty must be addressed.

Applying these established tenets, the Court has long held the right to marry is protected by the Constitution. In *Loving v. Virginia*, 388 U. S. 1, 12 (1967), which invalidated bans on interracial unions, a unanimous Court held marriage is “one of the vital personal rights essential to the orderly pursuit of happiness by free men.” The Court reaffirmed that holding in *Zablocki v. Redhail*, 434 U. S. 374, 384 (1978), which held the right to marry was burdened by a law prohibiting fathers who were behind on child support from marrying. The Court again applied this principle in *Turner v. Safley*, 482 U. S. 78, 95 (1987), which held the right to marry was abridged by regulations limiting the privilege of prison inmates to marry. Over time and in other contexts, the Court has reiterated that the right to marry is fundamental under the Due Process Clause. See, e.g., *M. L. B. v. S. L. J.*, 519 U. S. 102, 116 (1996); *Cleveland Bd. of Ed. v. LaFleur*, 414 U. S. 632, 639–640 (1974); *Griswold*, *supra*, at 486; *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U. S. 535, 541 (1942); *Meyer v. Nebraska*, 262 U. S. 390, 399 (1923).

It cannot be denied that this Court’s cases describing the right to marry presumed a relationship involving opposite-sex partners. The Court, like many institutions, has made assumptions defined by the world and time of which it is a part. This was evident in *Baker v. Nelson*, 409 U. S. 810, a one-line summary decision issued in 1972, holding the exclusion of same-sex couples from marriage did not present a substantial federal question.

Still, there are other, more instructive precedents. This Court’s cases have expressed constitutional principles of broader reach. In defining the right to marry these cases have identified essential attributes of that right based in history, tradition, and other constitutional liberties inherent in this intimate bond. See, e.g., *Lawrence*, 539 U. S., at 574; *Turner*, *supra*, at 95; *Zablocki*, *supra*, at 384;

Loving, *supra*, at 12; *Griswold*, *supra*, at 486. And in assessing whether the force and rationale of its cases apply to same-sex couples, the Court must respect the basic reasons why the right to marry has been long protected. See, e.g., *Eisenstadt*, *supra*, at 453–454; *Poe*, *supra*, at 542–553 (Harlan, J., dissenting).

This analysis compels the conclusion that same-sex couples may exercise the right to marry. The four principles and traditions to be discussed demonstrate that the reasons marriage is fundamental under the Constitution apply with equal force to same-sex couples.

A first premise of the Court’s relevant precedents is that the right to personal choice regarding marriage is inherent in the concept of individual autonomy. This abiding connection between marriage and liberty is why *Loving* invalidated interracial marriage bans under the Due Process Clause. See 388 U. S., at 12; see also *Zablocki*, *supra*, at 384 (observing *Loving* held “the right to marry is of fundamental importance for all individuals”). Like choices concerning contraception, family relationships, procreation, and childrearing, all of which are protected by the Constitution, decisions concerning marriage are among the most intimate that an individual can make. See *Lawrence*, *supra*, at 574. Indeed, the Court has noted it would be contradictory “to recognize a right of privacy with respect to other matters of family life and not with respect to the decision to enter the relationship that is the foundation of the family in our society.” *Zablocki*, *supra*, at 386.

Choices about marriage shape an individual’s destiny. As the Supreme Judicial Court of Massachusetts has explained, because “it fulfils yearnings for security, safe haven, and connection that express our common humanity, civil marriage is an esteemed institution, and the decision whether and whom to marry is among life’s momentous acts of self-definition.” *Goodridge*, 440 Mass., at 322, 798 N. E. 2d, at 955.

The nature of marriage is that, through its enduring bond, two persons together can find other freedoms, such as expression, intimacy, and spirituality. This is true for all persons, whatever their sexual orientation. See *Windsor*, 570 U. S., at ___–___ (slip op., at 22–23). There is dignity in the bond between

two men or two women who seek to marry and in their autonomy to make such profound choices. Cf. *Loving*, supra, at 12 (“[T]he freedom to marry, or not marry, a person of another race resides with the individual and cannot be infringed by the State”).

A second principle in this Court’s jurisprudence is that the right to marry is fundamental because it supports a two-person union unlike any other in its importance to the committed individuals. This point was central to *Griswold v. Connecticut*, which held the Constitution protects the right of married couples to use contraception. 381 U. S., at 485. Suggesting that marriage is a right “older than the Bill of Rights,” *Griswold* described marriage this way:

“Marriage is a coming together for better or for worse, hopefully enduring, and intimate to the degree of being sacred. It is an association that promotes a way of life, not causes; a harmony in living, not political faiths; a bilateral loyalty, not commercial or social projects. Yet it is an association for as noble a purpose as any involved in our prior decisions.” *Id.*, at 486.

And in *Turner*, the Court again acknowledged the intimate association protected by this right, holding prisoners could not be denied the right to marry because their committed relationships satisfied the basic reasons why marriage is a fundamental right. See 482 U. S., at 95–96. The right to marry thus dignifies couples who “wish to define themselves by their commitment to each other.” *Windsor*, supra, at ___ (slip op., at 14). Marriage responds to the universal fear that a lonely person might call out only to find no one there. It offers the hope of companionship and understanding and assurance that while both still live there will be someone to care for the other.

As this Court held in *Lawrence*, same-sex couples have the same right as opposite-sex couples to enjoy intimate association. *Lawrence* invalidated laws that made same sex intimacy a criminal act. And it acknowledged that “[w]hen sexuality finds overt expression in intimate conduct with another person, the conduct can be but one element in a personal bond that is more enduring.” 53 U. S., at 567. But while *Lawrence* confirmed a dimension of freedom that allows individuals to engage in intimate association without criminal liability, it does not follow that freedom stops there. Outlaw to outcast may be a step forward, but it does not achieve the full promise of liberty.

A third basis for protecting the right to marry is that it safeguards children and families and thus draws meaning from related rights of childrearing, procreation, and education. See *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U. S. 510 (1925); *Meyer*, 262 U. S., at 399. The Court has recognized these connections by describing the varied rights as a unified whole: “[T]he right to ‘marry, establish a home and bring up children’ is a central part of the liberty protected by the Due Process Clause.” *Zablocki*, 434 U. S., at 384 (quoting *Meyer*, supra, at 399). Under the laws of the several States, some of marriage’s protections for children and families are material. But marriage also confers more profound benefits. By giving recognition and legal structure to their parents’ relationship, marriage allows children “to understand the integrity and closeness of their own family and its concord with other families in their community and in their daily lives.” *Windsor*, supra, at ___ (slip op., at 23). Marriage also affords the permanency and stability important to children’s best interests. See Brief for Scholars of the Constitutional Rights of Children as *Amici Curiae* 22–27.

As all parties agree, many same-sex couples provide loving and nurturing homes to their children, whether biological or adopted. And hundreds of thousands of children are presently being raised by such couples. See Brief for Gary J. Gates as *Amicus Curiae* 4. Most States have allowed gays and lesbians to adopt, either as individuals or as couples, and many adopted and foster children have same-sex parents, see *id.*, at 5. This provides powerful confirmation from the law itself that gays and lesbians can create loving, supportive families.

Excluding same-sex couples from marriage thus conflicts with a central premise of the right to marry. Without the recognition, stability, and predictability marriage offers, their children suffer the stigma of knowing their families are somehow lesser. They also suffer the significant material costs of being raised by unmarried parents, relegated through no fault of their own to a more difficult and uncertain family life. The marriage laws at issue here thus harm and humiliate the children of same-sex couples. See *Windsor*, supra, at ___ (slip op., at 23).

That is not to say the right to marry is less meaningful for those who do not or cannot have children. An ability, desire, or promise to procreate is not and has not been a prerequisite for a valid marriage in any State. In light of precedent protecting the right of a married couple not to procreate, it cannot be said the Court or the States have conditioned the right to marry on the capacity or commitment

to procreate. The constitutional marriage right has many aspects, of which childbearing is only one.

Fourth and finally, this Court’s cases and the Nation’s traditions make clear that marriage is a keystone of our social order. Alexis de Tocqueville recognized this truth on his travels through the United States almost two centuries ago:

“There is certainly no country in the world where the tie of marriage is so much respected as in America... [W]hen the American retires from the turmoil of public life to the bosom of his family, he

finds in it the image of order and of peace... [H]e afterwards carries [that image] with him into public affairs." 1 Democracy in America 309 (H. Reeve transl., rev. ed. 1990).

In *Maynard v. Hill*, 125 U. S. 190, 211 (1888), the Court echoed de Tocqueville, explaining that marriage is "the foundation of the family and of society, without which there would be neither civilization nor progress." *Marriage*, the Maynard Court said, has long been "'a great public institution, giving character to our whole civil polity.'" *Id.*, at 213. This idea has been reiterated even as the institution has evolved in substantial ways over time, superseding rules related to parental consent, gender, and race once thought by many to be essential. See generally N. Cott, *Public Vows*. Marriage remains a building block of our national community.

For that reason, just as a couple vows to support each other, so does society pledge to support the couple, offering symbolic recognition and material benefits to protect and nourish the union. Indeed, while the States are in general free to vary the benefits they confer on all married couples,

they have throughout our history made marriage the basis for an expanding list of governmental rights, benefits, and responsibilities. These aspects of marital status include: taxation; inheritance and property rights; rules of intestate succession; spousal privilege in the law of evidence; hospital access; medical decision making authority; adoption rights; the rights and benefits of survivors; birth and death certificates; professional ethics rules; campaign finance restrictions; workers' compensation benefits; health insurance; and child custody, support, and visitation rules. See Brief for United States as *Amicus Curiae* 6–9; Brief for American Bar Association as *Amicus Curiae* 8–29. Valid marriage under state law is also a significant status for over a thousand provisions of federal law. See *Windsor*, 570 U. S., at ___ – ___ (slip op., at 15–16). The States have contributed to the fundamental character of the marriage right by placing that institution at the center of so many facets of the legal and social order.

There is no difference between same- and opposite-sex couples with respect to this principle. Yet by virtue of their exclusion from that institution, same-sex couples are denied the constellation of benefits that the States have linked to marriage. This harm results in more than just material burdens. Same-sex couples are consigned to an instability many opposite-sex couples would deem intolerable in their own lives. As the State itself makes marriage all the more precious by the significance it attaches to it, exclusion from that status has the effect of teaching that gays and lesbians are unequal in important respects. It demeans gays and lesbians for the State to lock them out of a central institution of the Nation's society. Same-sex couples, too, may aspire to the transcendent purposes of marriage and seek fulfillment in its highest meaning.

The limitation of marriage to opposite-sex couples may long have seemed natural and just, but its inconsistency with the central meaning of the fundamental right to marry is now manifest. With that knowledge must come the recognition that laws excluding same-sex couples from the marriage right impose stigma and injury of the kind prohibited by our basic charter.

Objecting that this does not reflect an appropriate framing of the issue, the respondents refer to *Washington v. Glucksberg*, 521 U. S. 702, 721 (1997), which called for a "'careful description'" of fundamental rights. They assert the petitioners do not seek to exercise the right to marry but rather a new and nonexistent "right to same-sex marriage." Brief for Respondent in No. 14–556, p. 8. *Glucksberg* did insist that liberty under the Due Process Clause must be defined in a most circumscribed manner, with central reference to specific historical practices. Yet while that approach may have been appropriate for the asserted right there involved (physician-assisted suicide), it is inconsistent with the approach this Court has used in discussing other fundamental rights, including marriage and intimacy. *Loving* did not ask about a "right to interracial marriage"; *Turner* did not ask about a "right of inmates to marry"; and *Zablocki* did not ask about a "right of fathers with unpaid child support duties to marry." Rather, each case inquired about the right to marry in its comprehensive sense, asking if there was a sufficient justification for excluding the relevant class from the right. See also *Glucksberg*, 521 U. S., at 752–773 (Souter, J., concurring in judgment); *id.*, at 789–792 (BREYER, J., concurring in judgments).

That principle applies here. If rights were defined by who exercised them in the past, then received practices could serve as their own continued justification and new groups could not invoke rights once denied. This Court has rejected that approach, both with respect to the right to marry and the rights of gays and lesbians. See *Loving* 388 U. S., at 12; *Lawrence*, 539 U. S., at 566–567.

The right to marry is fundamental as a matter of history and tradition, but rights come not from ancient sources alone. They rise, too, from a better informed understanding of how constitutional imperatives define a liberty that remains urgent in our own era. Many who deem same-sex marriage to be wrong reach that conclusion based on decent and honorable religious or philosophical premises, and neither they nor their beliefs are disparaged here. But when that sincere, personal opposition becomes enacted law and public policy, the necessary consequence is to put the imprimatur of the State itself on an exclusion that soon demeans or stigmatizes those whose own liberty is then denied. Under the Constitution, same-sex couples seek in marriage the same legal treatment as opposite-sex couples, and it would disparage their choices and diminish their personhood to deny them this right.

The right of same-sex couples to marry that is part of the liberty promised by the Fourteenth Amendment is derived, too, from that Amendment's guarantee of the equal protection of the laws. The Due Process Clause and the Equal Protection Clause are connected in a profound way, though they set forth independent principles. Right implicit in liberty and rights secured by equal protection

may rest on different precepts and are not always coextensive, yet in some instances each may be instructive as to the meaning and reach of the other. In any particular case one Clause may be thought to capture the essence of the right in a more accurate and comprehensive way, even as the two Clauses may converge in the identification and definition of the right. See *M. L. B.*, 519 U. S., at 120–121; *id.*, at 128–129 (KENNEDY, J., concurring in judgment); *Bearden v. Georgia*, 461 U. S. 660, 665 (1983). This interrelation of the two principles furthers our understanding of what freedom is and must become.

The Court's cases touching upon the right to marry reflect this dynamic. In *Loving* the Court invalidated a prohibition on interracial marriage under both the Equal Protection Clause and the Due Process Clause. The Court first declared the prohibition invalid because of its unequal treatment of interracial couples. It stated: "There can be no doubt that restricting the freedom to marry solely because of racial classifications violates the central meaning of the Equal Protection Clause." 388 U. S., at 12. With this link to equal protection the Court proceeded to hold the prohibition offended central precepts of liberty: "To deny this fundamental freedom on so unsupportable a basis as the racial classifications embodied in these statutes, classifications so directly subversive of the principle of equality at the heart of the Fourteenth Amendment, is surely to deprive all the State's citizens of liberty without due process of law." *Ibid.* The reasons why marriage is a fundamental right became more clear and compelling from a full awareness and understanding of the hurt that resulted from laws barring interracial unions.

The synergy between the two protections is illustrated further in *Zablocki*. There the Court invoked the Equal Protection Clause as its basis for invalidating the challenged law, which, as already noted, barred fathers who were behind on child-support payments from marrying without judicial approval. The equal protection analysis depended in central part on the Court's holding that the law burdened a right "of fundamental importance." 434 U. S., at 383. It was the essential nature of the marriage right, discussed at length in *Zablocki*, see *id.*, at 383–387, that made apparent the law's incompatibility with requirements of equality. Each concept—liberty and equal protection—leads to a stronger understanding of the other. Indeed, in interpreting the Equal Protection Clause, the Court has recognized that new insights and societal understandings can reveal unjustified inequality within our most fundamental institutions that once passed unnoticed and unchallenged. To take but one period, this occurred with respect to marriage in the 1970's and 1980's. Notwithstanding the gradual erosion of the doctrine of coverture, see *supra*, at 6, invidious sex-based classifications in

marriage remained common through the mid-20th century. See App. to Brief for Appellant in *Reed v. Reed*, O. T. 1971, No. 70–4, pp. 69–88 (an extensive reference to laws extant as of 1971 treating women as unequal to men in marriage). These classifications denied the equal dignity of men and women. One State's law, for example, provided in 1971 that "the husband is the head of the family

and the wife is subject to him; her legal civil existence is merged in the husband, except so far as the law recognizes her separately, either for her own protection, or for her benefit." Ga. Code Ann. §53–501 (1935). Responding to a new awareness, the Court invoked equal protection principles

to invalidate laws imposing sex-based inequality on marriage. See, e.g., *Kirchberg v. Feenstra*, 450 U. S. 455 (1981); *Wengler v. Druggists Mut. Ins. Co.*, 446 U. S. 142 (1980); *Califano v. Westcott*, 443 U. S. 76 (1979); *Orr v. Orr*, 440 U. S. 268 (1979); *Califano v. Goldfarb*, 430 U. S. 199 (1977) (plurality opinion); *Weinberger v. Wiesenfeld*, 420 U. S. 636 (1975); *Frontiero v. Richardson*, 411 U. S. 677 (1973). Like *Loving* and *Zablocki*, these precedents show the Equal Protection Clause can help to identify and correct inequalities in the institution of marriage, vindicating precepts of liberty and equality under the Constitution.

Other cases confirm this relation between liberty and equality. In *M. L. B. v. S. L. J.*, the Court invalidated under due process and equal protection principles a statute requiring indigent mothers to pay a fee in order to appeal the termination of their parental rights. See 519 U. S., at 119–124. In *Eisenstadt v. Baird*, the Court invoked both principles to invalidate a prohibition on the distribution of contraceptives to unmarried persons but not married persons. See 405 U. S., at 446–454. And in

Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson, the Court invalidated under both principles a law that allowed sterilization of habitual criminals. See 316 U. S., at 538–543.

In *Lawrence* the Court acknowledged the interlocking nature of these constitutional safeguards in the context of the legal treatment of gays and lesbians. See 539 U. S., at 575. Although *Lawrence* elaborated its holding under the Due Process Clause, it acknowledged, and sought to remedy, the continuing inequality that resulted from laws making intimacy in the lives of gays and lesbians a crime against the State. See *ibid.* *Lawrence* therefore drew upon principles of liberty and equality to define and protect the rights of gays and lesbians, holding the State "cannot demean their existence or control their destiny by making their private sexual conduct a crime." *Id.*, at 578.

This dynamic also applies to same-sex marriage. It is now clear that the challenged laws burden the liberty of same-sex couples, and it must be further acknowledged that they abridge central precepts of equality. Here the marriage laws enforced by the respondents are in essence unequal: same-sex couples are denied all the benefits afforded to opposite-sex couples and are barred from exercising

a fundamental right. Especially against a long history of disapproval of their relationships, this denial to same-sex couples of the right to marry works a grave and continuing harm. The imposition of this disability on gays and lesbians serves to disrespect and subordinate them. And the Equal Protection Clause, like the Due Process Clause, prohibits this unjustified infringement of the fundamental right to marry. See, e.g., *Zablocki*, *supra*, at 383–388; *Skinner*, 316 U. S., at 541.

These considerations lead to the conclusion that the right to marry is a fundamental right inherent in the liberty of the person, and under the Due Process and Equal Protection Clauses of the Fourteenth Amendment couples of the same-sex may not be deprived of that right and that liberty. The Court now holds that same-sex couples may exercise the fundamental right to marry. No longer may this liberty be denied to them. *Baker v. Nelson* must be and now is overruled, and the State laws challenged by Petitioners in these cases are now held invalid to the extent they exclude same-sex couples from civil marriage on the same terms and conditions as opposite sex couples.

IV

There may be an initial inclination in these cases to proceed with caution—to await further legislation, litigation, and debate. The respondents warn there has been insufficient democratic discourse before deciding an issue so basic as the definition of marriage. In its ruling on the cases now before this Court, the majority opinion for the Court of Appeals made a cogent argument that it would be appropriate for the respondents' States to await further public discussion and political measures before licensing same-sex marriages. See *DeBoer*, 772 F. 3d, at 409.

Yet there has been far more deliberation than this argument acknowledges. There have been referenda, legislative debates, and grassroots campaigns, as well as countless studies, papers, books, and other popular and scholarly writings. There has been extensive litigation in state and federal courts. See Appendix A, *infra*. Judicial opinions addressing the issue have been informed by the contentions of parties and counsel, which, in turn, reflect the more general, societal discussion of same-sex marriage and its meaning that has occurred over the past decades. As more than 100 amici make clear in their filings, many of the central institutions in American life—state and local governments, the military, large and small businesses, labor unions, religious organizations, law enforcement, civic groups, professional organizations, and universities—have devoted substantial attention to the question. This has led to an enhanced understanding of the issue—an understanding reflected in the arguments now presented for resolution as a matter of constitutional law.

Of course, the Constitution contemplates that democracy is the appropriate process for change, so long as that process does not abridge fundamental rights. Last Term, a plurality of this Court reaffirmed the importance of the democratic principle in *Schuette v. BAMN*, 572 U. S. ____ (2014), noting the “right of citizens to debate so they can learn and decide and then, through the political process, act in concert to try to shape the course of their own times.” *Id.*, at ____ – ____ (slip op., at 15–16). Indeed, it is most often through democracy that liberty is preserved and protected in our lives. But as *Schuette* also said, “[t]he freedom secured by the Constitution consists, in one of its essential dimensions, of the right of the individual not to be injured by the unlawful exercise of governmental power.” *Id.*, at ____ (slip op., at 15). Thus, when the rights of persons are violated, “the Constitution requires redress by the courts,” notwithstanding the more general value of democratic decision making. *Id.*, at ____ (slip op., at 17). This holds true even when protecting individual rights affects issues of the utmost importance and sensitivity.

The dynamic of our constitutional system is that individuals need not await legislative action before asserting a fundamental right. The Nation's courts are open to injured individuals who come to them to vindicate their own direct, personal stake in our basic charter. An individual can invoke a right to constitutional protection when he or she is harmed, even if the broader public disagrees and

even if the legislature refuses to act. The idea of the Constitution “was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials and to establish them as legal principles to be applied by the courts.” *West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette*, 319 U. S. 624, 638 (1943). This is why “fundamental rights may not be submitted to a vote; they depend on the outcome of no elections.” *Ibid.* It is of no moment whether advocates of same-sex marriage now enjoy or lack momentum in the democratic process. The issue before the Court here is the legal question whether the Constitution protects the right of same sex couples to marry.

This is not the first time the Court has been asked to adopt a cautious approach to recognizing and protecting fundamental rights. In *Bowers*, a bare majority upheld a law criminalizing same-sex intimacy.

See 478 U. S., at 186, 190–195. That approach might have been viewed as a cautious endorsement of the democratic process, which had only just begun to consider the rights of gays and lesbians. Yet, in effect, *Bowers* upheld state action that denied gays and lesbians a fundamental right and caused them pain and humiliation. As evidenced by the dissents in that case, the facts and principles necessary to a correct holding were known to the *Bowers* Court. See *id.*, at 199 (Blackmun, J., joined by Brennan, Marshall, and Stevens, JJ., dissenting); *id.*, at 214 (Stevens, J., joined by Brennan and Marshall, JJ., dissenting). That is why *Lawrence* held *Bowers* was “not correct when it was decided.” 539 U. S., at 578. Although *Bowers* was eventually repudiated in *Lawrence*, men and women were harmed in the interim, and the substantial effects of these injuries no doubt lingered long after *Bowers* was overruled. Dignitary wounds cannot always be healed with the stroke of a pen.

A ruling against same-sex couples would have the same effect—and, like *Bowers*, would be unjustified under the Fourteenth Amendment. The petitioners’ stories make clear the urgency of the issue they present to the Court. James Obergefell now asks whether Ohio can erase his marriage to John Arthur for all time. April DeBoer and Jayne Rowse now ask whether Michigan may continue to deny them the certainty and stability all mothers desire to protect their children, and for them and their children the childhood years will pass all too soon. Ijpe DeKoe and Thomas Kostura now ask whether Tennessee can deny to one who has served this Nation the basic dignity of recognizing

his New York marriage. Properly presented with the petitioners’ cases, the Court has a duty to address these claims and answer these questions.

Indeed, faced with a disagreement among the Courts of Appeals—a disagreement that caused impermissible geographic variation in the meaning of federal law—the Court granted review to determine whether same-sex couples may exercise the right to marry. Were the Court to uphold the challenged laws as constitutional, it would teach the Nation that these laws are in accord with our

society’s most basic compact. Were the Court to stay its hand to allow slower, case-by-case determination of the required availability of specific public benefits to same-sex couples, it still would deny gays and lesbians many rights and responsibilities intertwined with marriage.

The respondents also argue allowing same-sex couples to wed will harm marriage as an institution by leading to fewer opposite-sex marriages. This may occur, the respondents contend, because licensing same-sex marriage severs the connection between natural procreation and marriage. That argument, however, rests on a counterintuitive view of opposite-sex couple’s decision making processes regarding marriage and parenthood. Decisions about whether to marry and raise children are based on many personal, romantic, and practical considerations; and it is unrealistic to conclude that an opposite-sex couple would choose not to marry simply because same-sex couples may do so. See *Kitchen v. Herbert*, 755 F. 3d 1193, 1223 (CA10 2014) (“[I]t is wholly illogical to believe that

state recognition of the love and commitment between same-sex couples will alter the most intimate and personal decisions of opposite-sex couples”). The respondents have not shown a foundation for the conclusion that allowing same-sex marriage will cause the harmful outcomes they describe. Indeed, with respect to this asserted basis for excluding same-sex couples from the right to marry, it is appropriate to observe these cases involve only the rights of two consenting adults whose marriages would pose no risk of harm to themselves or third parties.

Finally, it must be emphasized that religions, and those who adhere to religious doctrines, may continue to advocate with utmost, sincere conviction that, by divine precepts, same-sex marriage should not be condoned. The First Amendment ensures that religious organizations and persons are given proper protection as they seek to teach the principles that are so fulfilling and so central to their lives and faiths, and to their own deep aspirations to continue the family structure they have long revered. The same is true of those who oppose same-sex marriage for other reasons. In turn, those who believe allowing same sex marriage is proper or indeed essential, whether as a matter of religious conviction or secular belief, may engage those who disagree with their view in an open and searching debate. The Constitution, however, does not permit the State to bar same-sex couples from marriage on the same terms as accorded to couples of the opposite sex.

V

These cases also present the question whether the Constitution requires States to recognize same-sex marriages validly performed out of State. As made clear by the case of Obergefell and Arthur, and by that of DeKoe and Kostura, the recognition bans inflict substantial and continuing harm on same-sex couples. Being married in one State but having that valid marriage denied in another is one of “the most perplexing and distressing complication[s]” in the law of domestic relations. *Williams v. North Carolina*, 317 U. S. 287, 299 (1942) (internal quotation marks omitted). Leaving the current state of affairs in place would maintain and pro mote instability and uncertainty. For some couples, even an ordinary drive into

a neighboring State to visit family or friends risks causing severe hardship in the event of a spouse's hospitalization while across state lines. In light

of the fact that many States already allow same-sex marriage—and hundreds of thousands of these marriages already have occurred—the disruption caused by the recognition bans is significant and ever-growing.

As counsel for the respondents acknowledged at argument, if States are required by the Constitution to issue marriage licenses to same-sex couples, the justifications for refusing to recognize those marriages performed elsewhere are undermined. See Tr. of Oral Arg. on Question 2, p. 44. The Court, in this decision, holds same-sex couples may exercise the fundamental right to marry in all

States. It follows that the Court also must hold—and it now does hold—that there is no lawful basis for a State to refuse to recognize a lawful same-sex marriage performed in another State on the ground of its same-sex character.

* * *

No union is more profound than marriage, for it embodies the highest ideals of love, fidelity, devotion, sacrifice, and family. In forming a marital union, two people become something greater than once they were. As some of the petitioners in these cases demonstrate, marriage embodies a love that may endure even past death. It would misunderstand these men and women to say they disrespect the idea of marriage. Their plea is that they do respect it, respect it so deeply that they seek to find its fulfillment for themselves. Their hope is not to be condemn to live in loneliness, excluded from one of civilization's oldest institutions. They ask for equal dignity in the eyes of the law. The Constitution grants them that right. The judgment of the Court of Appeals for the Sixth

Circuit is reversed.

It is so ordered.

omissis

Spagna, *Tribunal Supremo*, sentenza del 6 febbraio 2014, n. 835/2013

FILIAZIONE – MATERNITÀ DI SOSTITUZIONE (GESTAZIONE PER ALTRI O SURROGAZIONE DI MATERNITÀ) – *STATUS FILIATIONIS* – TRASCRIZIONE DELL'ATTO DI NASCITA CALIFORNIANO – RIGETTO – LEGITTIMITÀ – ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE – VIOLAZIONE – LESIONE DELL'INTERESSE PREMINENTE DEL FANCIULLO – INSUSSISTENZA – POSSIBILITÀ DI ASSICURARE LA BIGENITORIALITÀ MEDIANTE IL RICONOSCIMENTO DELLA PATERNITÀ BIOLOGICA E DELL'ADOZIONE DA PARTE DELL'ALTRO PADRE

Non può essere trascritto in Spagna l'atto di nascita di un bambino spagnolo concepito all'estero mediante maternità di sostituzione (o surrogazione di maternità o gestazione per altri) in quanto contrario all'ordine pubblico internazionale, anche se avvenuta nel rispetto della legislazione dello Stato estero, poiché la legge spagnola vieta una simile procedura di procreazione assistita. Non vi è, comunque, lesione dell'interesse preminente del fanciullo, considerata la possibilità di assicurare la bigenitorialità attraverso il riconoscimento della paternità biologica e l'adozione da parte dell'altro padre.

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo CivilPLENO
SENTENCIA N°: 835/2013

omissis

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida en Pleno, ha visto el recurso de casación núm. 245/2012, interpuesto por D. Estanislao y D. Gines, representados ante esta Sala por el Procurador D. Jorge Deleito García, contra la Sentencia núm. 826/2011, de 23 de noviembre, dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia en el recurso de apelación núm. 949/2011, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 188/2010, seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de la misma ciudad. Ha sido parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado. Asimismo, ha sido parte el MINISTERIO FISCAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. – El Ministerio Fiscal presentó en el Decanato de los Juzgados de Valencia, con fecha 28 de enero de 2010, demanda de juicio ordinario contra la “DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO”, D. Estanislao y D. Gines, que, una vez repartida, tuvo entrada en el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 y fue registrada con el núm. PO 188/2010, cuyo suplico pedía «[...] se dicte en su día una sentencia por la que se declare que, al infringirse directamente un precepto incluido en la Ley Española (Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, artículo 10), el contenido de dicha resolución es contrario al orden público español y no procede el acceso al Registro Civil español de los hechos en su virtud inscritos, por lo que deberá acordarse su cancelación.»

SEGUNDO. – Admitida a trámite la demanda, se acordó emplazar a los demandados para su contestación.

La Procuradora D.^a Ana Ballesteros Navarro, en nombre y representación de D. Estanislao y D. Gines, en su escrito de contestación a la demanda, suplicó al Juzgado: «[...] dicte en su día Sentencia, desestimando la demanda, con expresa imposición de las costas a la actora.»

El Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta de la DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, contestó a la demanda y suplicó al Juzgado: «[...] dictar

Sentencia por la que se desestime la demanda y se confirme la resolución de la Dirección General de Registros y Notariado.»

TERCERO.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado – Juez de Primera Instancia núm. 15 de Valencia dictó la sentencia núm. 193/2010, de 15 de septiembre, cuya parte dispositiva disponía: «Fallo: Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal contra la resolución de la DGRN de fecha 18 de febrero de 2009, debo dejar sin efecto la inscripción de nacimiento por ella realizada en el Registro Civil Consular de Los Ángeles de los menores Ricardo y Victoriano con las menciones de filiación de la que resulta que son hijos de Estanislao y Gines y en su consecuencia debe procederse a la cancelación de la inscripción.»

Tramitación en segunda instancia

CUARTO. – La Procuradora de D. Estanislao y de D. Gines interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia.

QUINTO. – De la interposición del recurso de apelación se dio traslado a las demás partes personadas, para que pudieran presentar escrito de oposición al citado recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada. Únicamente, el Ministerio Fiscal se opuso al recurso de apelación interpuesto.

SEXTO. – La resolución del recurso de apelación correspondió a la sección décima de la Audiencia Provincial de Valencia, que lo tramitó con el núm. de rollo 949/2011 y tras seguir los correspondientes trámites dictó la sentencia núm. 826/2011, de 23 de noviembre, cuya parte dispositiva disponía: «Fallamos: En atención a todo lo expuesto, la sección décima de la Audiencia Provincial de Valencia, en nombre de su Majestad el Rey ha decidido:

» Primero. – Desestimar el recurso de apelación interpuesto por los demandados contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 15 de Valencia el día 15 de septiembre de 2010.

» Segundo. – Confirmar la citada sentencia.

» Tercero. – No hacer expresa imposición de las costas de la alzada.»

Interposición y tramitación del recurso de casación

SÉPTIMO. – La representante procesal de D. Estanislao y de D. Gines formalizó, al amparo de lo establecido en los artículos 477 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, recurso de casación contra la Sentencia núm. 826/2011, de 23 de noviembre, dictada en apelación, por la sección décima de la Audiencia Provincial de Valencia, y basó su interposición en único motivo, que a continuación se transcribe: «Infracción del art. 14 CE, por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores consagrado en la Convención de Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 2 de noviembre de 1989.»

OCTAVO. – La Audiencia Provincial remitió las actuaciones a esta Sala, con emplazamiento de las partes. Personadas éstas a través de los representantes procesales mencionados en el encabezamiento de esta resolución se dictó Auto de 16 de mayo de 2012, cuya parte dispositiva decía: «La Sala acuerda:

»1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Don Estanislao y de Don Gines, contra la Sentencia dictada, con fecha 23 de noviembre de 2011, por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), en el rollo de apelación nº 949/2011, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 188/2010, del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia.

» 2º) Y entréguese copia del escrito de interposición del recurso formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición por escrito, en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la secretaría y transcurrido dicho plazo, a los mismos fines, dése traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal.»

NOVENO. – El Abogado del Estado no presentó escrito de oposición al recurso de casación, por lo que se pasaron las actuaciones al Fiscal, quien interesó la desestimación del recurso.

DÉCIMO. – Se tuvo por formalizada la oposición y al no haber solicitado todas las partes la celebración de vista, quedó el recurso pendiente de vista o votación y fallo.

UNDÉCIMO. – Mediante providencia de 5 de diciembre de 2012, se señaló para votación y fallo el día 18 de diciembre de 2012, se designó Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. José Antonio Seijas Quintana y, advertida la posibilidad de que la resolución que hubiera de recaer en el presente recurso pudiera formar doctrina, se acordó someter su conocimiento al Pleno.

DUODÉCIMO. – Debido al número de asuntos señalados para conocimiento del Pleno, así como a la complejidad de los mismos, el recurso de casación núm. 245/2012 no fue objeto de deliberación en la fecha referida, por lo que, se señaló nuevamente para votación y fallo por el Pleno de la Sala el día 16 de diciembre de 2013, fecha en la que tuvo lugar.

DECIMOTERCERO. – En el curso de la misma, el Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana mostró su disconformidad con el voto de la mayoría y declinó la redacción de la resolución, anunciando voto

particular, por lo que el Presidente de la Sala encomendó la redacción de la sentencia al Magistrado que es ponente en este trámite.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena, Magistrado de Sala, que expresa la opinión mayoritaria de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. – Antecedentes del caso

1. – Los hechos fundamentales para comprender la cuestión que es objeto del recurso, tal como han sido fijados en la instancia, son los que a continuación se exponen resumidamente. Los hoy recurrentes, dos varones españoles casados entre sí en 2005, solicitaron en el Registro Civil consular de Los Ángeles (California, Estados Unidos) la inscripción de nacimiento de dos hijos, nacidos en dicho estado norteamericano el 24 de octubre de 2008 mediante “gestación por sustitución”. Adjuntaron a la solicitud documentos consistentes en certificados de nacimiento de los menores expedidos por la autoridad registral de California, en los que aparecían como hijos de los solicitantes.

2. – El encargado del Registro Civil consular denegó la inscripción solicitada, con invocación de la prohibición de la denominada “gestación por sustitución” establecida en el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

3. – Los interesados interpusieron recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el que solicitaron la revocación de la decisión del Encargado del Registro Civil consular de Los Ángeles y la inscripción de los menores en el Registro Civil español con la filiación determinada en los asientos registrales californianos. La Dirección General dictó resolución de 18 de febrero de 2009 estimando el recurso y ordenando se procediera a la inscripción en el Registro Civil del nacimiento de los menores tal como constaba en las certificaciones registrales extranjeras presentadas, en las que ambos recurrentes figuraban como padres de los nacidos. La resolución consideraba que dicha solución no vulneraba el orden público internacional español, evitaba una discriminación por razón de sexo y protegía el interés superior del menor.

4. – El Ministerio Fiscal presentó demanda en la que impugnaba dicha resolución. Alegaba que la solución adoptada por el Derecho californiano infringía directamente el art. 10 de la Ley española sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que establecía la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, y que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución sería determinada por el parto, quedando a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico. Consideraba la demanda que el contenido de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado era contrario al orden público español y que por tanto no procedía la inscripción de la filiación en ella acordada.

5. – Tanto los solicitantes de la inscripción como el Abogado del Estado contestaron a la demanda, oponiéndose a ella. El Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, al que había correspondido el conocimiento de la demanda, dictó sentencia en la que estimó la impugnación formulada y acordó dejar sin efecto y cancelar la inscripción de nacimiento acordada en la resolución.

6. – Los solicitantes recurrieron en apelación la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, y la Audiencia Provincial desestimó el recurso. Contra esta sentencia han interpuesto recurso de casación.

7. – No se han aportado al proceso ni el contrato de gestación por sustitución ni la sentencia del tribunal californiano atribuyendo la paternidad a los hoy recurrentes, pero estos han admitido en sus alegaciones la existencia del citado contrato y se ha hecho referencia a lo largo del litigio a la existencia de tal sentencia, exigida por el Código de Familia de California.

Recurso de casación

SEGUNDO. – Enunciación del único motivo del recurso

1. – El recurso de casación se articula en torno a un único motivo, que se enuncia del siguiente modo:

««Infracción del art. 14 CE, por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad

única de los menores y al interés superior de los menores consagrado en la Convención de Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 2 de noviembre de 1989».

2. – Los argumentos que se esgrimen como fundamento del motivo son, resumidamente, los siguientes:

1) No permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación por naturaleza de los sujetos nacidos en California a favor de dos varones resulta discriminatorio.

2) Privar de su filiación a los menores vulnera el interés del menor, pues (i) perjudica su posición jurídica y les deja desprotegidos; (ii) los recurrentes, como personas que han manifestado su consenti-

miento inicial a ser padres son los mejores padres por naturaleza que los menores pueden tener, frente a la mujer que los dio a luz, que asumió su papel de mera parte en un contrato y se limitó a cumplir con las prestaciones asumidas en el mismo; (iii) el menor tiene derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de fronteras estatales.

3) El reconocimiento de la filiación determinada en la certificación registral de California no contradice el orden público internacional español, pues este impide considerar válido y ejecutar en España un contrato de gestación por sustitución pero no el acceso al Registro Civil español de la filiación resultante de tal contrato, que es una consecuencia última y periférica del contrato.

Se abordará en primer lugar la última de las cuestiones planteadas para a continuación analizar las planteadas previamente.

TERCERO. – Valoración de la Sala. El reconocimiento de decisiones extranjeras y el orden público internacional español

1. – La cuestión objeto del proceso, tal como ha sido planteada por las alegaciones iniciales de las partes, es si procede el reconocimiento por las autoridades del Registro Civil español de la inscripción del nacimiento de los menores realizada por las autoridades del estado norteamericano de California en que se fija la filiación a favor de los hoy recurrentes. Estos solicitaron al encargado del Registro Civil consular de Los Ángeles, la práctica de las inscripciones de nacimiento de los menores y de la filiación aparejada a tales inscripciones, no mediante la declaración del nacimiento sino mediante la aportación de las certificaciones de las inscripciones ya practicadas por el organismo de California equivalente al Registro Civil, en las que aparecían como padres los hoy recurrentes.

El Registro Civil consular denegó la inscripción pero la Dirección General de los Registros y del Notariado, al resolver el recurso interpuesto por los solicitantes de la inscripción, revocó la decisión denegatoria y acordó la práctica de la inscripción con base en dichas certificaciones extranjeras y, por tanto, con la filiación de los menores tal como resultaba de las mismas. Esa es la resolución cuestionada por el Ministerio Fiscal en la demanda que ha dado origen a este procedimiento.

2. – Tal como ha sido planteada la cuestión ante este tribunal, no estamos ante un “hecho” que haya de ser objeto por primera vez de una decisión de autoridad en España y que al presentar un elemento extranjero (el lugar de nacimiento, cuanto menos) deba ser resuelto conforme a la ley sustantiva a la que remita la norma de conflicto aplicable.

La técnica jurídica aplicada no es la del conflicto de leyes, sino la del reconocimiento. Existe ya una decisión de autoridad, la adoptada por la autoridad administrativa del Registro Civil de California al inscribir el nacimiento de los niños y determinar una filiación acorde con las leyes californianas. Hay que resolver si esa decisión de autoridad puede ser reconocida, y desplegar sus efectos, en concreto la determinación de la filiación a favor de los hoy recurrentes, en el sistema jurídico español.

Ciertamente podría cuestionarse si la decisión de autoridad extranjera a reconocer es la de la práctica del asiento registral en el que aparece recogida la filiación de los menores o la de la sentencia previa dictada por la autoridad judicial que determinó tal filiación con base en el contrato de gestación por sustitución y por aplicación de las leyes de California. Pero este problema no ha sido planteado en ningún momento en el litigio, y no es imprescindible abordarlo para decidir las cuestiones relevantes objeto del recurso, por lo que entrar en consideraciones sobre el mismo cambiaría completamente los términos en que se ha producido el debate procesal y solo obscurecería la solución del recurso.

3. – La forma en que se ha procedido al reconocimiento del título extranjero, la certificación registral de California, es la prevista en el art. 85 en relación al último inciso del art. 81, ambos del Reglamento del Registro Civil.

El control en que consiste este reconocimiento se extiende a que la certificación del Registro extranjero sea regular y auténtica, de modo que el asiento que certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española. Pero también ha de extenderse a que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española. Así lo exige el art. 23 de la Ley del Registro Civil, al que sirven de desarrollo los preceptos reglamentarios citados. Por consiguiente, la simplicidad en el procedimiento de reconocimiento en España de la decisión de la autoridad administrativa extranjera encargada del Registro Civil de California no significa que el control deba limitarse a los aspectos formales, sino que ha de extenderse a cuestiones de fondo, en los términos en que se precisará.

4. – La pluralidad de ordenamientos jurídicos en los diversos estados y la libre circulación de las personas hacen que cada vez sean más frecuentes las relaciones jurídicas personales y económicas que se proyectan sobre diversos ordenamientos, y que, consecuentemente, se planteen ante las autoridades administrativas y judiciales cuestiones relacionadas con el reconocimiento de situaciones jurídicas o decisiones de autoridades extranjeras.

La posibilidad de que ciudadanos y empresas elijan entre respuestas jurídicas diferentes cuando en una relación jurídica existen contactos con diversos ordenamientos es una realidad, y el Derecho inter-

nacional privado ha de buscar cada vez más normas de compatibilidad entre distintos ordenamientos jurídicos en vez de normas de supremacía que impongan un solo punto de vista.

Pero esta posibilidad de elección tiene unos límites que, en lo que aquí interesa, vienen constituidos por el respeto al orden público entendido básicamente como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan.

De lo expuesto se deriva que la “legalidad conforme a la Ley española” de los asientos extendidos en Registros extranjeros que exige el art. 23 de la Ley del Registro Civil, sí bien no puede entenderse como absoluta conformidad de estos con todas y cada una de las exigencias de nuestra legislación (lo que haría prácticamente imposible el reconocimiento), sí ha de serlo como respeto a las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español, y a este aspecto ha de extenderse el control en que consiste el reconocimiento de la certificación registral extranjera (en realidad, del asiento objeto de la certificación).

Que dicha certificación registral extranjera no produzca efectos de cosa juzgada y cualquier parte legitimada pueda impugnar ante los tribunales españoles la inscripción en el Registro Civil español de la certificación extranjera, como pone de relieve la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado para justificar la solución adoptada, no elimina la realización por el encargado del Registro Civil español del control de contenido del asiento objeto de dicha certificación, de modo que deniegue su acceso al Registro Civil español cuando sea contrario al orden público internacional español, o deniegue el acceso de aquellos aspectos del asiento (como el relativo a la determinación de la filiación) en los que se observe tal contrariedad.

5. – Las normas que regulan los aspectos fundamentales de la familia y, dentro de ella, de las relaciones paterno-filiales, tienen anclaje en diversos preceptos constitucionales del Título I dedicado a los derechos y deberes fundamentales: derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como la autonomía de la persona para elegir libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con sus preferencias (art. 10.1 de la Constitución), derecho a contraer matrimonio (art. 32), derecho a la intimidad familiar (art. 18.1), protección de la familia, protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil (art. 39).

También forma parte de este orden público la protección de la infancia, que ha de gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 de la Constitución).

Asimismo, el derecho a la integridad física y moral de las personas tiene reconocimiento constitucional (art. 15), y el respeto a su dignidad constituye uno de los fundamentos constitucionales del orden político y de la paz social (art. 10.1 de la Constitución).

Por tanto, todos estos derechos fundamentales y principios constitucionales recogidos en el Título I de la Constitución integran ese orden público que actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras (STC núm. 54/1989, de 23 de febrero, FJ 4º) y, en definitiva, a la posibilidad de que los ciudadanos opten por las respuestas jurídicas diferentes que los diversos ordenamientos jurídicos dan a una misma cuestión.

6. – Llevan razón los recurrentes cuando afirman que las modernas regulaciones de las relaciones familiares no establecen como fuente exclusiva de la filiación el hecho biológico, y que por tanto la determinación de una filiación por criterios distintos a los puramente biológicos no constituye en sí una contravención del orden público internacional español. Junto al hecho biológico existen otros vínculos, como por ejemplo los derivados de la adopción o del consentimiento a la fecundación con contribución de donante, prestado por el cónyuge o conviviente de la mujer que se somete al tratamiento de reproducción asistida, que el ordenamiento jurídico toma en consideración como determinantes de la filiación. De estos otros posibles vínculos determinantes de la filiación resulta también que la filiación puede quedar legalmente determinada respecto de dos personas del mismo sexo. Con ello se reconoce que en la determinación legal de la relación de filiación tienen incidencia no solo factores biológicos, sino también otros de naturaleza social y cultural.

Pero junto a ello, en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población.

Fruto de esta preocupación es, por ejemplo, la elaboración de instrumentos legales internacionales que regulan la adopción internacional estableciendo como principios básicos que los estados establezcan, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de

origen, y la prevención de la sustracción, la venta o el tráfico de niños, que se concreta, entre otros extremos, en que el consentimiento de la madre haya sido prestado libremente, después del nacimiento del niño y no obtenido mediante pago o compensación de clase alguna (considerandos introductorios y art. 4 del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993).

También responden a esta preocupación las leyes que en los diversos países regulan las técnicas de reproducción humana asistida, y en concreto la gestación por sustitución.

7. – Consecuencia lógica de lo expuesto es que las normas aplicables a la gestación por sustitución o maternidad subrogada, en concreto el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, integran el orden público internacional español.

Ciertamente, el orden público internacional español se caracteriza por ser un orden público “atenuado”.

Pero la intensidad de tal atenuación es menor cuanto mayores son los vínculos sustanciales de la situación jurídica con España.

En el caso objeto de este recurso, los vínculos eran intensos puesto que de lo actuado se desprende que los recurrentes, nacionales y residentes en España, se desplazaron a California únicamente para concertar el contrato de gestación por sustitución y la consiguiente gestación, parto y entrega de los niños, porque tal actuación estaba prohibida en España. La vinculación de la situación jurídica debatida con el estado extranjero cuya decisión se solicita sea reconocida es completamente artificial, fruto de la “huida” de los solicitantes del ordenamiento español que declara radicalmente nulo el contrato de gestación por sustitución, no reconoce la filiación de los padres intencionales o comitentes respecto del niño que nazca como consecuencia de dicha gestación por sustitución (sin perjuicio de la reclamación de paternidad que pueda efectuar el padre biológico), e incluso tipifica ciertos supuestos como delito, también cuando la entrega del menor se ha producido en el extranjero (art. 221.2 del Código Penal).

8. – A diferencia con lo que ocurría en el caso de Luxemburgo en relación con la adopción monoparental, que fue objeto de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de junio de 2007, caso Wagner, la regulación que se contiene en la ley española no es excepcional en los países de nuestro entorno jurídico más próximo, entendiendo como tal la Unión Europea. Por el contrario, en un número considerable de ellos la gestación por sustitución no está permitida, siendo prácticamente unánime su prohibición cuando tiene carácter oneroso.

9. – Otras circunstancias a tomar en consideración son que la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida cuyo art. 10 regula esta cuestión es relativamente reciente, pues data de mayo de 2006, y ha venido precedida por un considerable debate social.

La ley 35/1988, de 22 de noviembre, fue tramitada y aprobada tras la elaboración del informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación Artificial Humana creada en el Congreso de los Diputados, ante la que declararon médicos, profesores de diversas disciplinas, juristas, etc. y que fue aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 10 de abril de 1986. Antes había existido también un grupo de trabajo sobre estas materias formado en la Dirección General de los Registros y el Notariado, integrado por prestigiosos juristas y académicos de otras disciplinas, que celebró varias sesiones de trabajo y elaboró un informe.

Dadas las críticas que suscitaron diversos aspectos de esta ley, y los problemas que los avances de las técnicas de reproducción humana asistida habían suscitado, se promulgó una nueva ley, la 14/2006, de 26 mayo, aplicable a este asunto por razones temporales, que sustituyó a la anterior.

Pese a este cambio legislativo, la norma aplicable a la gestación por sustitución, el art. 10 de ambas leyes, permaneció idéntica. Su apartado primero establece la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. El segundo apartado prevé que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto (en línea con lo recomendado en el informe del Comité Ad Hoc de Expertos en el Progreso de las Ciencias Biomédicas, CAHBI, del Consejo de Europa). Y el tercero deja a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

10. – Lo expuesto lleva a considerar que la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia.

11. – Los recurrentes reconocen la contrariedad al orden público español de dicho contrato de gestación por sustitución, que impediría considerar válido y ejecutar en España tal contrato. Pero afirman que la inscripción de la filiación que pretenden es solamente una consecuencia “periférica” de dicho

contrato, por lo que no existe la incompatibilidad con el orden público que apreció la sentencia de la Audiencia.

El argumento no puede estimarse, puesto que la filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es justamente la consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución. No puede admitirse la disociación entre el contrato y la filiación que sostienen los recurrentes.

Además, es importante tomar en consideración que la ley no se limita a proclamar la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución. También prevé cuál debe ser el régimen de la filiación del niño que sea dado a luz como consecuencia de dicho contrato: la filiación materna quedará determinada por el parto y se prevé la posibilidad de ejercicio de la acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico.

La filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es frontalmente contraria a la prevista en el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y, como tal, incompatible con el orden público, lo que impide el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determina.

CUARTO. – Inexistencia de discriminación por razón de sexo u orientación sexual

1. – En el recurso se alega que no permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación por naturaleza de los sujetos nacidos en California a favor de dos varones resulta discriminatorio, porque sí es posible inscribir la filiación a favor de dos mujeres en el caso de que una de ellas se someta a un tratamiento de reproducción asistida y la otra sea su cónyuge (art. 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida).

El argumento no se considera admisible. Los propios recurrentes reconocen que uno y otro supuesto son diferentes, por razones evidentes. La desigualdad sustancial entre los supuestos de hecho excluye en principio la existencia de un trato discriminatorio por el hecho de que la consecuencia legal de uno y otro supuesto sea diferente.

2. – En todo caso, los argumentos expuestos en la sentencia recurrida muestran con claridad que la causa de la denegación de la inscripción de la filiación no es que los solicitantes sean ambos varones, sino que la filiación pretendida trae causa de una gestación por sustitución contratada por ellos en California.

Por tanto, la solución habría de ser la misma si los contratantes hubieran constituido un matrimonio homosexual integrado por mujeres, un matrimonio heterosexual, una pareja de hecho, o una sola persona, hombre o mujer.

QUINTO. – El interés superior del menor

1. – Los recurrentes alegan que privar de su filiación a los menores vulnera el principio del interés superior del menor, pues (i) perjudica su posición jurídica y les deja desprotegidos; (ii) los recurrentes, como personas que han manifestado su consentimiento inicial a ser padres son los mejores padres por naturaleza que los menores pueden tener, frente a la mujer que los dio a luz, que asumió su papel de mera parte en un contrato y se limitó a cumplir con las prestaciones asumidas en el mismo; (iii) el menor tiene derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de fronteras estatales.

2. – El art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España, establece: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». Este principio también se establece en el art. 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, tiene anclaje constitucional en el art. 39 de la Constitución española, se recoge en la legislación interna, en concreto en la regulación de las relaciones paterno-filiales del Código Civil y en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y ha regido la jurisprudencia de este Tribunal, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias de 5 de noviembre de 2002, caso Yousef contra Países Bajos, de 10 de enero de 2008, caso Kearns contra Francia, y de 7 de marzo de 2013, caso Raw y otros contra Francia).

3. – El interés superior del niño, o del menor, es un concepto jurídico indeterminado, esto es, una cláusula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial.

Pero en ocasiones estos conceptos jurídicos indeterminados son lo que se ha denominado “conceptos esencialmente controvertidos”, esto es, cláusulas que expresan un criterio normativo sobre el que no existe una unanimidad social porque personas representativas de distintos sectores o sensibilidades sociales pueden estar en desacuerdo acerca del contenido específico de ese criterio.

Este carácter controvertido puede predicarse del “interés superior del menor” cuando el mismo ha de determinarse en supuestos como el aquí enjuiciado.

4. – Los recurrentes consideran que el único modo de satisfacer el interés superior del menor es reconocer la filiación que ha sido recogida en el asiento registral realizado por la autoridad registral de California, esto es, la que es consecuencia del contrato de gestación por sustitución conforme a la legislación de dicho estado. Los padres serían los comitentes, esto es, quienes “encargaron” la gestación del menor (en este caso, los menores, pues nacieron mellizos). No sería madre la mujer que les dio a luz. La justificación que dan los recurrentes es que los mejores padres son los que han manifestado su consentimiento inicial a ser padres, mediante un contrato de gestación subrogada, y están interesados en los menores.

Con dichos argumentos solicitan la confirmación de la resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado cuya impugnación constituye el objeto de este proceso. Esta resolución afirmó (párrafo cuarto del fundamento de derecho quinto) que «[...] el interés superior de los menores [...] exige que éstos queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres, ya que ello constituye el ambiente que asegura al niño “la protección y el cuidado que [son] necesarios para su bienestar”».

5. – La aceptación de estos argumentos llevaría a concluir que el legislador español, al considerar nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución y atribuir la condición de madre a la mujer que da a luz al niño, no reconociendo por tanto la relación de filiación respecto de los padres intencionales o comitentes, ha vulnerado el interés superior del menor.

Asimismo, la aceptación de tales argumentos debería llevar a admitir la determinación de la filiación a favor de personas de países desarrollados, en buena situación económica, que hubieran conseguido les fuera entregado un niño procedente de familias desestructuradas o de entornos problemáticos de zonas depauperadas, cualquiera que hubiera sido el medio por el que lo hubieran conseguido, puesto que el interés superior del menor justificaría su integración en una familia en buena posición y que estuviera interesada en él.

La invocación indiscriminada del “interés del menor” serviría de este modo para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional que se hubiera producido para situar al menor en el ámbito de esas personas acomodadas.

6. – La tesis de los recurrentes no puede ser aceptada. La cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor contenida en la legislación no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma. La concreción de dicho interés del menor no debe hacerse conforme a sus personales puntos de vista, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales.

La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 de la Constitución. Hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser procedentes, debe realizar el parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo.

7. – En el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el interés superior del menor tiene la consideración de “una consideración primordial” a la que han de atender los tribunales y demás instituciones públicas y privadas en todas las medidas concernientes a los niños. Pero, además de lo expuesto respecto de la pertinencia de concretar tal principio conforme a las pautas de la legislación en la materia, ha de tenerse en cuenta que tal principio no es el único que se ha de tomar en consideración. Pueden concurrir otros bienes jurídicos con los que es preciso realizar una ponderación. Tales son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. Se trata de principios amparados por los textos constitucionales de nuestro país y de los de su entorno y en convenios internacionales sobre derechos humanos, y otros sectoriales referidos a la infancia y las relaciones familiares, como es el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993.

8. – Es cierto que el no reconocimiento de la filiación establecida en la inscripción registral de California puede suponer un perjuicio para la posición jurídica de los menores. Pero no puede olvidarse que el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor. Y que la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil. Es necesario por tanto realizar una ponderación de la que resulte la solución que menos perjudique a los menores, empleando para ello los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico.

En línea con lo expuesto, un dato a tomar en consideración es que el Código Civil no exige que cuando se formule una acción de impugnación de la filiación respecto de un menor haya de fijarse simultáneamente otra filiación alternativa, de modo que el éxito de tal acción supone privar al menor de la filiación hasta ese momento determinada. Por tanto, la anulación de una filiación que es contraria al ordenamiento jurídico, pese a que no se sustituya inmediatamente por otra que sí lo sea, tiene encaje adecuado en nuestro ordenamiento jurídico, pues este considera perjudicial para el menor, dentro de ciertos parámetros, la determinación de una filiación que no se ajuste a los criterios legales para su fijación.

9. – Otro argumento de los recurrentes es que el menor tiene derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de fronteras estatales.

Las sentencias de tribunales internacionales que se citan en apoyo de este argumento no sirven para darle adecuado fundamento. Mientras que en los casos enjuiciados en esas sentencias los menores tenían una vinculación efectiva con dos estados distintos (por la diferente nacionalidad de sus padres o por ser distinto el estado de residencia del estado de nacionalidad), en el caso aquí enjuiciado los menores no tienen vinculación efectiva con Estados Unidos, puesto que los recurrentes acudieron a California solo porque allí era posible concertar un contrato de gestación por sustitución, con la consiguiente determinación de la filiación a su favor, que en España y en los países más cercanos estaba prohibido. No existe un riesgo real de vulneración de una identidad única.

Además, en las sentencias invocadas el bien jurídico con el que entraba en conflicto el principio de identidad única del menor era el principio de inmutabilidad o estabilidad de los apellidos (sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de octubre de 2003, asunto C-148/02, caso García Avello, y de 14 de octubre de 2008, asunto C-353/06, caso Grunkin-Paul). Es evidente que se trata de un bien jurídico de mucha menor importancia que los protegidos por la prohibición de gestación por sustitución.

10. – Tampoco se vulnera el derecho al respeto de la vida privada y familiar reconocido en el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales. La denegación del reconocimiento de la filiación determinada por las autoridades californianas con base en el contrato de gestación por sustitución, siendo efectivamente una injerencia en ese ámbito de vida familiar, reúne los dos requisitos que la justifican según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo: (i) está prevista en la ley, pues esta exige que en el reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras se respete el orden público internacional; y (ii) es necesaria en una sociedad democrática, puesto que protege el propio interés del menor, tal como es concebido por el ordenamiento jurídico, y otros bienes jurídicos de trascendencia constitucional como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación.

11. – La última cuestión que ha de abordarse es la de la desprotección en que se dejaría a los menores.

La afirmación de los recurrentes de que los menores serían enviados a un orfanato o a los Estados Unidos carece de verosimilitud y no está apoyada en ningún dato.

No obstante, este tribunal es consciente de que la decisión que ha adoptado no es intrascendente en este aspecto, y que puede causar inconvenientes a los menores cuya filiación se discute. Pero considera que la protección de los menores no puede lograrse aceptando acríticamente las consecuencias del contrato de gestación por sustitución suscrito por los recurrentes, tal como fueron aceptadas por las autoridades de California con base en la legislación de dicho estado, que admite el contrato oneroso de gestación por sustitución y que la filiación quede determinada a favor de quienes realizan el encargo.

La protección ha de otorgarse a dichos menores partiendo de las previsiones de las leyes y convenios aplicables en España, y de la jurisprudencia que los interpreta y aplica, tomando en consideración su situación actual.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar el art. 8 del Convenio, ha considerado que allí donde está establecida la existencia de una relación de familia con un niño, el Estado debe actuar con el fin de permitir que este vínculo se desarrolle y otorgar protección jurídica que haga posible la integración del niño en su familia (sentencias de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo, y de 4 de octubre de 2012, caso Harroudj contra Francia).

El presente recurso no tiene por objeto, porque la acción ejercitada no lo tenía y porque no se han alegado y probado los hechos que permitirían decidirlo, adoptar una decisión sobre la integración de los menores en la familia constituida por los recurrentes en forma distinta al pretendido reconocimiento de la filiación fijada en el registro de California. También ha de tenerse en cuenta que no ha resultado probado que alguno de los comitentes aportara sus gametos, pues aunque en algún pasaje de sus alegaciones así se afirma, ni se concreta cuál de ellos lo habría aportado, ni menos aún se prueba cual fuera el padre biológico de cada uno de los niños. Pero de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y

del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si tal núcleo familiar existe actualmente, si los menores tienen relaciones familiares “de facto” con los recurrentes, la solución que haya de buscarse tanto por los recurrentes como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos.

Existen en nuestro ordenamiento jurídico diversas instituciones que lo permiten. El propio art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en su párrafo tercero, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que si alguno de los recurrentes lo fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo. Asimismo, figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar.

Ha de precisarse también que, a fin de dar cumplimiento a lo previsto en el art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, conforme al cual el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre y a adquirir una nacionalidad, la denegación de reconocimiento de la certificación registral de California ha de afectar exclusivamente a la filiación en ella determinada, pero no al resto de su contenido.

12. – Lo expuesto supone que la solución alcanzada por los tribunales de instancia realiza una ponderación adecuada de los bienes jurídicos en conflicto tomando en consideración primordial el interés superior de los menores. La protección de este interés no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales que prevé la legislación de California, sino que habrá de partir, de ser ciertos tales datos, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que les dio a luz, la existencia actual de un núcleo familiar formado por los menores y los recurrentes, y la paternidad biológica de alguno de ellos respecto de tales menores.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo, y de 4 de octubre de 2012, caso Harroudj contra Francia) ha declarado que el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que establece el derecho al respeto de la vida privada y familiar, supone obligaciones positivas para los Estados que han de interpretarse a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas. A tal efecto, procede instar al Ministerio Fiscal a que, de acuerdo con las funciones que le atribuye su Estatuto Orgánico, ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores, y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar “de facto”.

SEXTO. – Costas

De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación por las serias dudas de derecho existentes. No puede obviarse que los recurrentes están litigando en defensa de la legalidad de una resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado. También son relevantes a estos efectos los votos particulares que han sido anunciados a esta sentencia.

Procede acordar la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

1. – Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Estanislao y D. Gines contra la sentencia núm. 826/2011, de 23 de noviembre, dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia en el recurso de apelación núm. 949/2011, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 188/2010, seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de la misma ciudad.

2. – No hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación. Acordar la pérdida del depósito constituido.

3. – Instar al Ministerio Fiscal a que, de acuerdo con las funciones que le atribuye su Estatuto Orgánico, ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar “de facto”.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Francisco Marín Castán, José Ramón Ferrándiz Gabriel, José Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Sarazá Jimena, Sebastián Sastre Papiol.

FIRMADA Y RUBRICADA.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA el Magistrado D. José Antonio Seijas Quintana, y al que se adhieren los Magistrados D. José Ramón Ferrándiz Gabriel, D. Francisco Javier Arroyo Fiestas y D. Sebastián Sastre Papiol.

Con el mayor respeto para el criterio mayoritario plasmado en la Sentencia, formuló el siguiente voto particular discrepante:

PRIMERO. – La sentencia reconduce la solución del caso a un supuesto de reconocimiento de una decisión de autoridad administrativa extranjera, la adoptada por el Registro Civil de California, al inscribir el nacimiento de dos hijos nacidos en dicho Estado norteamericano el 24 de octubre de 2008 mediante “gestación por sustitución”, que había sido solicitada ante el Registro Civil Español por dos varones españoles, casados entre si en 2005.

Los antecedentes del caso están correctamente descritos por lo que no se va incidir en ello. Interesa, por lo que a este voto discrepante afecta, las razones por las que se ha desestimado el recurso, con las que se discrepa: a) acceso al Registro de la certificación expedida por la autoridad administrativa de California; b) orden público, y c) interés superior del menor.

SEGUNDO. – El desacuerdo con el criterio mayoritario resulta de lo siguiente:

1. – La técnica jurídica aplicable no es la del conflicto de leyes, sino la de reconocimiento de una decisión de autoridad, la adoptada por la autoridad administrativa del Registro Civil de California, como admite la sentencia. En lo que aquí interesa supone, aunque parezca obvio, que existe una previa decisión de este orden sobre filiación de dos niños nacidos tras una gestación por sustitución por lo que el acceso de esta decisión extranjera al Registro Civil español no debería plantear problemas sobre la ley aplicable, sino con relación al hecho del reconocimiento en España de un documento auténtico de autoridad administrativa, en la forma que hiciera la DGRN en la resolución que ha sido impugnada, conforme al artículo 81 del Reglamento del Registro Civil. Esta solución estaría, además, amparada en el principio de igualdad e interés de los menores que de hecho están siendo inscritos en los registros civiles a partir de la inscripción aquí cuestionada.

2. – Si situamos la certificación registral en este contexto normativo, que presupone la existencia de una resolución extranjera, que no consta, como presupone la existencia de un contrato de gestación, que tampoco consta en la certificación (la ilicitud de este contrato con arreglo a la normativa española constituye el principal argumento de la demanda formulada por el Ministerio Fiscal), se habría aplicado correctamente el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil en el sentido de que el documento presentado era de los que permiten la inscripción en el Registro Civil sin necesidad de controlar su legalidad conforme a la ley española, al haberse producido conforme a la ley californiana. Lo que se interesa es el reconocimiento de la filiación resultante de la legislación americana, en relación con el amparo que se presta a unos hijos de españoles, al margen de un contrato en cuya proyección no han intervenido los menores, por lo que el instrumento contractual no puede ser la causa de denegación del reconocimiento. En consecuencia, no resulta aplicable el artículo 10 de la Ley 14/2006, puesto que la filiación ya ha sido determinada por una autoridad extranjera (“decisión de autoridad”), con lo que el problema se trasladaría a resolver si esta decisión contraría o no el orden público internacional, que es el argumento utilizado en algunas resoluciones dictadas en países de nuestro entorno en los que este tipo de contratos está prohibido por su legislación, algunos incluso en trámite de resolución ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (casos Menesson y Labasse, en Francia, y caso Paradiso y Capanelli, en Italia), y ver si puede ser introducida en el orden jurídico español para surtir en España los efectos legales correspondientes.

3. – Se discrepa abiertamente de lo que sostiene la mayoría sobre la vulneración del orden público.

En primer lugar, si bien el legislador español considera nulo el contrato de gestación por sustitución, tanto con precio como sin él, ha de diferenciarse la admisión de estas prácticas en España, que en el momento actual son ilegales, de sus efectos cuando provienen de un Estado en el que se admiten y tienen eficacia vinculante basada en la jurisprudencia emanada de su Tribunal Supremo (case law), en línea con el informe de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya 10 de marzo de 2012, sobre los problemas de los contratos de gestación subrogada en el ámbito internacional, porque

lo que se somete a la autoridad española no es la legalidad del contrato, sino el reconocimiento de una decisión extranjera válida y legal conforme a su normativa. La denegación de este reconocimiento solo podría producirse cuando se contraría el orden público entendido desde el interés superior del menor. El orden público en esta materia no debe valorarse desde la perspectiva de la contrariedad con la normativa interna, sino desde la consideración que merezca la tutela del interés del menor (como ocurre en materia de adopciones internacionales), cuya normativa reguladora tiene también características de orden público y debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en cuanto les afecte, según establecen los artículos 53 CE y 5 LOPJ, como se afirma en la STC 141/2000, de 29 mayo, que lo califica como *“estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional”*, destacando como relevantes a estos efectos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989, ratificada por España en 1990, la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Resolución A 3-0172/92, de 8 julio) y la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (asimismo SSTC 143/1990, 298/1993, 187/1996 y 114/1997, así como el ATC 28/2001, de 1 febrero).

En segundo lugar, se dice en la sentencia que *“los avatares en la técnica de reproducción humana asistida vulneran la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paternofiliales vedadas a la mayoría de la población”*. Esta afirmación no se puede generalizar ni se compadece con las reglas jurídicas de un Estado con el que compartimos ámbitos privilegiados de cooperación jurídica, en el seno de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, como son los Estados Unidos de Norteamérica. Pero es que, además: a) supone una manifestación del derecho a procrear, especialmente importante, para quienes no pueden tener un hijo genéticamente propio, como en este caso; b) no se puede subestimar sin más la capacidad de consentir de la madre gestante; c) el consentimiento de la madre se hace ante la autoridad judicial, que vela porque se preste con libertad y conocimiento de las consecuencias, y d) tratándose de un acuerdo voluntario y libre difícilmente se le explota o cosifica en contra de su libertad y autonomía y en ningún caso afecta al interés del menor que nace en el seno de una familia que lo quiere. Es al niño al que se da una familia y no a la familia un niño y es el Estado el que debe ofrecer un marco legal que le proteja y le proporcione la necesaria seguridad jurídica.

En tercer lugar, la tendencia en el derecho comparado camina hacia la regularización y la flexibilización de estos supuestos. Lo ha hecho nuestro país mediante la Instrucción de la Dirección de los Registros y del Notariado sobre *“régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”*, de 5 de octubre de 2010, con la que se permite la inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos a través de gestación por sustitución en los países cuya normativa lo permita siempre que alguno de los progenitores sea español. Sin duda, el orden público internacional, como motivo de rechazo del reconocimiento en España de la resolución extranjera que establece una filiación en casos de gestación por sustitución, se tiene en cuenta para algunos y se niega a otros, convirtiendo lo que es nulo por ley en una mera cuestión de cumplimiento de diversas formalidades que no existían en el momento de la inscripción que ahora se cuestiona, puesto que en la práctica ha servido y está sirviendo, de forma directa, para dar entrada a numerosas inscripciones de nacimiento y filiación de niños nacidos en el extranjero mediante esta técnica. Este orden público atenuado, o inexistente en la práctica, es lo que ha permitido reconocer ciertos efectos en nuestro ordenamiento a esta suerte de contratos referidos a prestaciones de paternidad o maternidad por parte de los comitentes en el ámbito de los tribunales sociales de nuestro país (Sentencia del Juzgado de lo social núm. 2 de Oviedo de 9 de abril de 2012, confirmada por la Sentencia del TSJ de Asturias de 20 de septiembre de 2012; Sentencias del TSJ de Madrid de 18 de octubre de 2012 y 13 de marzo 2013, y Sentencia TSJ de Cataluña de 23 de noviembre de 2012). También se ha tenido en cuenta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (conclusiones de la Abogado General presentadas el 26 de septiembre de 2013, sobre permiso de maternidad de una madre subrogada o de alquiler).

En cuarto lugar, el orden público se vuelve a poner en evidencia en el informe preliminar a la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya de 10 de marzo de 2012, sobre los problemas derivados de la gestación por sustitución, en el que lejos de rechazarlo trata de uniformar los acuerdos internacionales y de procurar una regulación internacional que dé respuesta a una realidad social evidente, propiciada por el aumento de los casos.

Finalmente, la vulneración del orden público internacional sólo puede comprobarse caso por caso. Son los tribunales españoles los que deben decidir la cuestión de si los efectos que produce una resolución extranjera en España contrarían los principios constitucionales, no los que emanan de una ley que anula el contrato, pero que no elimina sus consecuencias una vez producidas, y es evidente que más allá de una afirmación genérica sobre esta cuestión, nada se concreta: a) no se indica como queda afectada la dignidad de quien solicita libre y voluntariamente esta forma de procreación, como tampoco de la mujer que acepta esa petición, en el seno de un procedimiento judicial regulado en la sección 7630 del California Family Code dirigido a determinar la filiación conforme a la voluntad de las partes expresada

en el acuerdo; b) tampoco se colige de que forma se ve afectada la dignidad de los nacidos a los que se les procura una familia; c) no ha sido objeto de contradicción ni prueba el hecho de que puedan existir beneficios económicos indebidos o la participación de posibles intermediarios, y d) es la propia DGRN la que valora especialmente en resoluciones como la impugnada *“que se ha respetado el interés superior de la menor, de acuerdo a lo exigido por el artículo 3 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño”* y que *“la ruptura absoluta del vínculo de la menor con la madre gestante, quien en adelante no ostentará la patria potestad, garantizan el derecho del menor a disponer de una filiación única, válida para todos los países”* (RDGRN 30 de noviembre; 22 de diciembre de 2011, entre otras).

Sin duda, la sentencia de la que se discrepa tutela la excepción del orden público de una forma preventiva, más allá de lo que resulta del supuesto sometido a la consideración de la Sala mediante el recurso de casación. Obligación del legislador será establecer un marco legal que garantice los derechos de todas las partes implicadas, no tanto de los menores, ajenos a esta suerte de relaciones mercantiles, como de las madres subrogadas, que renuncian a sus derechos como madres, especialmente de aquellas que provienen de grupos económicamente desfavorecidos, y de los que pretenden ser padres. Obligación de los Jueces y Tribunales es resolver y tutelar situaciones concretas, como la que es objeto del recurso.

5. – El interés del menor queda también afectado gravemente. A los niños, de nacionalidad española, se les coloca en un limbo jurídico incierto en cuanto a la solución del conflicto y a la respuesta que pueda darse en un supuesto en el que están implicados unos niños que siguen creciendo y creando vínculos afectivos y familiares irreversibles. La sentencia trata de evitarlo instando al Ministerio Fiscal a que ejercite las acciones pertinentes *“para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en su núcleo familiar “de facto”*”. Lo que se pretende es que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses.

Se reitera la normativa que se cita y se recuerda que este interés del menor es superior y también de orden público y este principio no se defiende contra los niños sino a partir de una regulación que impida su conculcación. El derecho a la no discriminación en función de la filiación supone un orden público y *“el carácter ilegal de una filiación no justifica ningún trato diferenciado”* por parte de las autoridades públicas o instituciones privadas (STSJ de Madrid –Sala de lo Social– de 13 de marzo de 2013).

Este interés se protege antes y después de la gestación. Se hizo por los tribunales americanos en el primer caso. Se ha negado en el segundo. Se ignora una nueva realidad y no se procuran las soluciones más beneficiosas para los hijos, y es evidente que ante un hecho consumado como es la existencia de unos menores en una familia que actúa socialmente como tal y que ha actuado legalmente conforme a la normativa extranjera, aplicar la normativa interna como cuestión de orden público, perjudica a los niños que podrían verse abocados a situaciones de desamparo, como la del caso italiano, y se les priva de su identidad y de núcleo familiar contrariando la normativa internacional que exige atender al interés del menor; identidad que prevalece sobre otras consideraciones, como ha destacado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTJUE de 2 de octubre 2003 – caso García Avello, y 14 de octubre de 2008 – caso Grunkin-Paul).

En esta línea, se cita la sentencia del TEDH, que también recoge la sentencia de la que trae causa este voto particular, dictada el 28 de junio de 2007 – caso Wagner – en interpretación del artículo 8 del Convenio. La Convención, dice, es *“un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones de vida actuales”*, añadiendo la sentencia de 10 de abril de 2012 – caso K.A.B. –: *“No puede sustituirse a las autoridades nacionales en esta tarea ni, por lo tanto, pronunciarse sobre la decisión judicial relativa al interés superior del niño o sobre la adopción de éste, pero le corresponde indagar si, en la aplicación e interpretación de las disposiciones legales aplicables, se respetaron las garantías del artículo 8 del Convenio, teniendo en cuenta, en particular, el interés superior del niño (véase, mutatis mutandis, Neulinger y Shuruk c. Suiza [GC], n 41615/07, § 141, CEDDH 2010-...)”*.

Cierto es que este interés superior no impide que se produzcan situaciones como la descrita en la sentencia en un supuesto de acciones de impugnación de filiación, ni impide que los padres puedan desaparecer de la vida de los menores, física o jurídicamente. Ocurre que el interés en abstracto no basta y que, como se ha dicho, en feliz expresión, *“no hay orden público si en el caso se contrararía el interés de un niño, una persona de carne y hueso, perfectamente individualizada”*.

TERCERO. – Por lo expuesto, debe casarse la Sentencia recurrida, revocarse la del Juzgado, y desestimar la demanda formulada por el Ministerio Fiscal, manteniendo la inscripción practicada en el Registro Civil, sin expresa declaración en materia de costas respecto de las de ambas instancias y de este recurso de casación.

omissis

Francia, *Cour de cassation*, sentenza del 28 gennaio 2015, n. 19.

MATRIMONIO TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO – DIVIETO STABILITO IN LEGGE STRANIERA – CONTRARIETÀ ALL'ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE – SUSSISTENZA

Nell'ipotesi di richiesta di autorizzazione al matrimonio fra persone dello stesso sesso fra un cittadino francese ed un cittadino straniero, non può trovare applicazione la legge del Paese di provenienza che vieti il matrimonio tra persone dello stesso sesso (nella specie, Marocco, richiamata dalla Convenzione franco-marocchina del 10 agosto 1981 che rinvia alla legge nazionale dei nubendi) in quanto contraria all'ordine pubblico internazionale francese il quale contempla il principio di libertà matrimoniale.

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Chambéry, 22 octobre 2013), que le ministère public a formé opposition au mariage de M. X..., de nationalité française, et de M. Y..., de nationalité marocaine résidant en France, sur le fondement de l'article 55 de la Constitution, de l'article 5 de la Convention franco marocaine, du 10 août 1981, relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, et des articles 175 1 du code civil, 422 et 423 du code de procédure civile; que MM. X... et Y... ont saisi le tribunal d'une demande tendant, à titre principal, à l'annulation, subsidiairement, à la mainlevée de l'opposition;

Sur le premier moyen, [...]:

Attendu que le procureur général fait grief à l'arrêt d'écarter la Convention franco marocaine au profit des principes supérieurs du nouvel ordre public international instaurés par la loi du 17 mai 2013 et en conséquence de ne pas reconnaître une supériorité du traité sur la loi suivant le principe habituel de la hiérarchie des normes;

Attendu que le motif de droit énoncé par l'arrêt pour ne pas reconnaître la supériorité du traité sur la loi suivant le principe habituel de la hiérarchie des normes ne peut constituer un des termes d'une contradiction donnant ouverture à cassation; que le moyen est donc irrecevable;

Sur le second moyen:

Attendu que le procureur général fait grief à l'arrêt de donner mainlevée de l'opposition au mariage de MM. X... et Y..., alors, selon le moyen:

1° / que, selon l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, «les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie» ; que la Convention bilatérale franco marocaine du 10 août 1981 a été régulièrement ratifiée par la France, traduite en droit français par le décret n° 83 435 du 27 mai 1983 et publiée au Journal Officiel du 1er juin 1983, et a fait l'objet de réciprocité; que dès lors, cette Convention a une valeur supra légale; qu'ainsi, en écartant l'application de l'article 5 de la Convention prévoyant que «les conditions de fond du mariage tels que l'âge matrimonial et le consentement, de même que les empêchements, notamment ceux résultant des liens de parenté ou d'alliance, sont régies pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux Etats dont il a la nationalité», pour faire prévaloir les dispositions prévues à l'article 202 1, alinéa 2, du code civil, instauré par la loi du 17 mai 2013 selon lesquelles «deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence, le permet», la cour d'appel a violé l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958;

2° / que, selon l'article 3 du code civil, «...les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résident en pays étrangers»; que selon l'article 5 de la Convention franco marocaine du 10 août 1981, «les conditions de fond du mariage tels que l'âge matrimonial et le consentement, de même que les empêchements, notamment ceux résultant des liens de parenté ou d'alliance,

sont régis pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux Etats dont il a la nationalité»; que selon l'article 4 de ladite Convention, «la loi de l'un des deux Etats désignés par la présente Convention ne peut être écartée par les juridictions de l'autre Etat que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public» que l'article 5 précité n'est pas contraire ni manifestement incompatible à la conception française de l'ordre public international tel qu'envisagé par la loi française du 17 mai 2013, en ce qu'il ne heurte aucun principe essentiel du droit français ni un ordre public international en matière d'état des personnes; qu'en écartant l'application de la Convention franco marocaine au profit de principes supérieurs d'un nouvel ordre public international, instaurés par la loi du 17 mai 2013, la cour d'appel a violé l'article 3 du code civil ainsi que les principes du droit international privé;

Mais attendu que si, selon l'article 5 de la Convention franco marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, les conditions de fond du mariage telles que les empêchements, sont régies pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux Etats dont il a la nationalité, son article 4 précise que la loi de l'un des deux Etats désignés par la Convention peut être écartée par les juridictions de l'autre Etat si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public; que tel est le cas de la loi marocaine compétente qui s'oppose au mariage de personnes de même sexe dès lors que, pour au moins l'une d'elles, soit la loi personnelle, soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet; que, par ce motif de pur droit, suggéré par la défense et substitué à ceux critiqués, l'arrêt se trouve légalement justifié;

PAR CES MOTIFS:

REJETTE le pourvoi.

omissis

GenIUS

Registrazione presso il Tribunale di Bologna del 30/4/2014 n. Rgvv 2023 n. 4089/14 cron.
Codice ISSN: 2384-9495
genius@articolo29.it